

Die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses

DISSERTATION

DER RECHTS- UND
STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
PAUL BAUMGARTNER
von Oberriet SG

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses

DISSERTATION

DER RECHTS- UND
STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
PAUL BAUMGARTNER
von Oberriet SG

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Juli 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 54 der Reihe

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von R. Hauser, H. Nef und H.U. Walder

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1981

Druck : ADAG Administration & Druck AG, Zürich

Meinen ganz besonderen Dank möchte ich an dieser Stelle
meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. H.U. Walder-Bohner,
aussprechen, der meine Arbeit stets mit viel Interesse und
Wohlwollen begleitet hat.

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	13
Gesetze, Materialien, Texte	20
Abkürzungen	25
Vorbemerkung	28
Einleitung	29
1. Kapitel: ALLGEMEINE ASPEKTE DES SCHIEDSVERFAHRENS	32
§ 1 Das vertragliche Schiedsgericht	32
I. Das Schiedsgericht als Privatgericht	32
II. Die Rechtsnatur der Schiedsabrede	34
III. Die Bedeutung der Schiedsgerichte	37
§ 2 Das gesetzliche Schiedsgericht	39
I. Die gesetzlichen Schiedsgerichte als staatliche Sondergerichte	39
II. Die Kosten gesetzlicher Schiedsgerichte	40
III. Die Entschädigung gesetzlicher Schiedsrichter	44
§ 3 Die Autonomie der Parteien im Schiedsgerichtsprozess	50
I. Inhalt und Wirkungsbereich der Autonomie	50
II. Das Prinzip der Privatautonomie im Schiedsgerichtsprozess	51
§ 4 Die Parteiautonomie als Kollisionsnorm zur Bestimmung der geltenden Rechtsordnung und ihre Verwirklichung in der freien Sitzeswahl	54
I. Objektive und subjektive Anknüpfung	54
1. Die objektive Anknüpfung der geltenden Rechtsordnung durch die Ausschliessungstheorie	54
2. Die subjektive Anknüpfung der geltenden Rechtsordnung durch den Parteiwillen als Kollisionsnorm	55
II. Die Verwirklichung der Parteiautonomie als Kollisionsnorm in der freien Sitzeswahl	57
III. Die Bedeutung des Sitzesrechtes	59
IV. Sitzesrecht und Schiedsrichtervertrag	61
1. Der Schiedsrichtervertrag unter der Herrschaft des durch subjektive oder objektive Anknüpfung bestimmten Sitzesrechtes	61
2. Die Sitzbestimmung als mittelbare Rechtswahl der auf das Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter anwendbaren Rechtsordnung	62

3.	Kollisionsrechtliche und materiellrechtliche Verweisung auf Grund des geltenden Kollisions- und Vertragsrechtes am Sitze	63
	A) Das Sitzesrecht als lex fori	63
	B) Das Sitzesrecht als lex obligationis	64
§ 5	Die Verfahrensautonomie und die Autonomie zur Gestaltung von Sicherstellung und Verlegung der Schiedsgerichtskosten	65
I.	Die Verfahrensautonomie	65
II.	Die Autonomie zur Gestaltung der Sicherstellung der Schiedsgerichtskosten	68
III.	Die Autonomie zur Gestaltung der Kostenverlegung	70
1.	Das Prinzip der privatautonomen Gestaltung der Kostenverlegung im allgemeinen	70
2.	Die privatautonome Gestaltung der Kostenverlegung im Schiedsgerichtsprozess	72
2. Kapitel:	NATUR UND INHALT DER SCHIEDSGERICHTSKOSTEN	74
§ 6	Kostenverlegungskompetenz und Kostenbegriff im vertraglichen Schiedsgericht	74
I.	Die Kostenverlegungskompetenz im Schiedsgericht	74
II.	Der Kostenbegriff im ordentlichen Prozess	75
III.	Der Kostenbegriff im Schiedsgerichtsprozess	76
§ 7	Prozessvertretung und Prozessentschädigung im Schiedsgerichtsprozess	77
I.	Prinzip und Ausschluss der Prozessvertretung im ordentlichen Prozess und im Schiedsgerichtsprozess	77
II.	Prinzip und Ausschluss der Prozessentschädigung im ordentlichen Prozess und im Schiedsgerichtsprozess	84
III.	Die Kautionsleistung für die Prozessentschädigung im ordentlichen Prozess und ihr Ausschluss im Schiedsgerichtsprozess	92
§ 8	Die Barauslagen im Schiedsgerichtsprozess	96
I.	Auslagenersatz und Auslagenkaution im ordentlichen Prozess und im Schiedsgerichtsprozess	96
II.	Die Androhung der Säumnisfolgen für den Fall der Nichtleistung der Kaution im ordentlichen Prozess und im Schiedsgerichtsprozess	98
3. Kapitel:	DIE SCHIEDSGEBUEHR	104
§ 9	Begriff und Inhalt der Schiedsgebühr	104

§ 10 Der Schiedsrichter	105
I. Die Person des Schiedsrichters	105
II. Die Unabhängigkeit des Schiedsrichters	109
III. Der Honoraranspruch des befangenen Schiedsrichters	125
1. Ausschluss, Ablehnbarkeit und Unzuständigkeit des befangenen Schiedsrichters	125
2. Die Beeinträchtigung des Honoraranspruchs infolge Nichtbeachtens der Ausstandsregeln durch den Schiedsrichter	128
A) Fälligkeit des Honorars	128
B) Der Ausstand im Schiedsrecht	129
a) Die gesetzliche Ordnung des Ausstandes	129
b) Die Kenntnis des Ausstandsgrundes	131
c) Die Auswirkungen von Anzeige und Geltendmachung auf den Honoraranspruch, die Honorierungspflicht und die Kostenhaftung	135
C) Kasuistik	142
§ 11 Das receptum arbitri	145
I. Begriff und Problematik	145
II. Die Modalitäten des Ernennungsaktes und seine Wirkungen	148
1. Die Ernennungsarten	148
A) Ernennung auf Grund vertraglicher Ernennungsordnung	148
B) Ernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsvorschriften	149
C) Ersatzernennung durch die vom Gesetz als zuständig bezeichnete gerichtliche Behörde	150
2. Berechtigung und Verpflichtung zur Schiedsrichterernennung	152
A) Wahlrecht und Wahlpflicht der Schiedsgerichtsparteien	152
B) Wahlrecht und Wahlpflicht der Parteischiedsrichter	153
C) Wahlrecht und Wahlpflicht der gesetzlichen Ergänzungsernennungsbehörde	154
D) Wahlrecht und Wahlpflicht des Dritten und der gewillkürten Ergänzungsernennungsbehörde	156
3. Die Perfektion des Ernennungsaktes und die Entstehung des receptum arbitri	156
A) Die Perfektion des Ernennungsaktes auf Grund vertraglich vereinbarter Ernennungsordnung	157

B)	Die Perfektion des Ernennungsaktes bei Ernennung von Parteischiedsrichtern auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung	159
C)	Die Perfektion des Ernennungsaktes bei Wahl des Obmannes durch Parteischiedsrichter, die auf Grund der gesetzlichen Ergänzungsordnung ernannt wurden, und bei Ersatzernennung durch die gesetzliche Ergänzungsernennungsbehörde	160
III.	Receptum arbitri und Schiedsrichtervertrag	161
1.	Das Zustandekommen des Schiedsrichtervertrages	162
A)	Bei Ernennung auf Grund vertraglich vereinbarter Ernennungsordnung	162
B)	Bei Ernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung	164
2.	Begriff und Inhalt des Schiedsrichtervertrages	169
3.	Die Rechtsnatur des Schiedsrichtervertrages	170
A)	Der Schiedsrichtervertrag als Figur des Privatrechts	170
B)	Die prozessgesetzlichen Einflüsse auf den privatrechtlichen Schiedsrichtervertrag	171
IV.	Receptum arbitri und schiedsrichterliche Rechtsprechungskompetenz	173
1.	Die Stellung des Schiedsrichters als Privatperson oder Rechtspflegeorgan	175
A)	Die Rechtspflegekompetenz als rechtsgeschäftliche Ermächtigung kraft übereinstimmenden Parteiwillens oder als prozessgesetzliche Ermächtigung	175
B)	Die Unabhängigkeit des Schiedsrichters	177
C)	Das Disziplinarrecht in der Schiedsgerichtsbarkeit	179
V.	Das receptum arbitri als Figur des öffentlichen und des privaten Rechts	182
1.	Das öffentlichrechtliche receptum arbitri	182
2.	Die Einordnung der obligatorischen Aspekte des receptum arbitri im Privatrecht auf Grund funktioneller Kriterien	185
3.	Die Theorie von receptum arbitri als nichtvertragliches privatrechtliches Verhältnis in Form eines Quasikontraktes	188
4.	Die Theorie vom privatrechtlich prozessrechtlichen Schiedsvertrag und vom privatrechtlich prozessrechtlichen Schiedsrichtervertrag und die Theorie vom Schiedsrichtervertrag auch als Prozessvertrag	189

A) Der privatrechtlich prozessrechtliche Schiedsrichtervertrag	190
B) Die Theorie vom Schiedsrichtervertrag auch als Prozessvertrag	192
VI. Die Typisierung der obligatorischen Aspekte des receptum arbitri im privatrechtlichen Vertrags- recht	194
1. Grundsatz und Umfang der Anwendbarkeit des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes	194
2. Unmittelbare und analoge Anwendbarkeit des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes	196
A) Unmittelbare Anwendbarkeit	196
B) Die Anwendbarkeit per analogiam	197
3. Obligationenrechtliches Auftragsrecht und pro- zessgesetzliche Normierung des receptum arbitri	197
A) Bundeszivilrecht und kantonales Recht	198
B) Spezialität, Anspruchsnormenkonkurrenz und Korrelation zwischen prozessgesetzlicher Normierung des receptum arbitri und obli- gationenrechtlichem Auftragsrecht	201
a) Spezialität abweichender prozessgesetzlicher Normierung des receptum arbitri	201
b) Das Verhältnis zwischen prozessgesetzlicher Normierung des receptum arbitri und obli- gationenrechtlichem Auftragsrecht im Lichte der Theorie von der Anspruchsnormenkonkurrenz	203
c) Die Korrelation zwischen prozessgesetzlicher Normierung des receptum arbitri und obli- gationenrechtlichem Auftragsrecht	205
VII. Das Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichts- parteien und Schiedsgerichtssekretär	206
§ 12 Die Entstehung des Honoraranspruchs "de principio"	207
I. Die Quellen des klagbaren Anspruchs auf Schieds- richterhonorar "de principio"	207
1. Das Gesetz	208
2. Die Vereinbarung	208
3. Die Uebung	209
II. Die Uebung als Quelle des Anspruchs auf Schieds- richterhonorar "de principio"	209
1. Die Uebung als mittelbares Gesetzesrecht	209
2. Der Anspruch auf Schiedsrichterhonorar "de principio" als Inhalt der Uebung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR	210

III.	Der Anspruch auf Schiedsrichterhonorar "de principio" im Lichte des Verhältnisses zwischen Uebung, Gewohnheitsrecht und richterlicher Rechtsschöpfung	212
§ 13	Die definitive Festlegung des Schiedsrichterhonorars	214
I.	Klagegrundlagen und Klageformen	214
1.	Klagen bei schiedsrichterlichem Honorarentscheid im Sinne unverbindlicher Rechnungsstellung	215
	A) Klagen auf Feststellung	215
	B) Die Klage auf Leistung	218
	C) Die Klage auf Rückerstattung	218
2.	Gerichtliche Beurteilung des schiedsrichterlichen Honoraranspruches bei autoritativem Kostenspruch durch das Schiedsgericht	220
II.	Die Zuständigkeit des ordentlichen Richters	221
1.	Die örtliche Zuständigkeit	221
2.	Die sachliche Zuständigkeit	223
III.	Die Beschwerde gegen den autoritativen Schiedsspruch über die Kostenhöhe	226
1.	Die Schiedsgebühr als öffentlichrechtliche Gerichtsgebühr und ihre Anfechtung mittels Kostenbeschwerde als Justizverwaltungsbeschwerde	226
	A) Die Schiedsgebühr als öffentlichrechtliche Gerichtsgebühr	226
	B) Die Anfechtung von Gerichtsgebühren mittels Kostenbeschwerde als Justizverwaltungsbeschwerde	228
2.	Die Schiedsgebühr als eigentliche Gerichtsgebühr nach Konkordat und ZPO von Appenzell A.Rh.	229
	A) Der Grundsatz	229
	B) Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Schiedsgebühr im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. g) Konk.	231
	C) Die Justizaufsichtsbeschwerde gegen die schiedsgerichtliche Kostenfestsetzung gemäss Art. 271 Abs. 3 ZPO von Appenzell A.Rh.	235
3.	Der Weiterzug der Beschwerdeentscheide an das Bundesgericht	236
IV.	Die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte zur Behandlung von Honorarklagen im Lichte des Entwurfes eines Bundesgesetzes über Internationales Privatrecht	237
§ 14	Die Kriterien zur Bemessung des Schiedsrichterhonorars	238
I.	Das massgebliche Recht zur Ermittlung des Schiedsrichterhonorars "de quantitate"	238

1.	Die Herrschaft des Sitzesrechtes im Lichte der objektiven Anknüpfung gemäss herrschendem in-nationalem Privatrecht	239
2.	Die Herrschaft des Sitzesrechtes über die Ge-santheit der obligatorischen Aspekte des re-ceptum arbitri	242
II.	Die Quellen des Schiedsrichterhonorars "de quantitate"	244
1.	Das Gesetz	244
2.	Die Vereinbarung	247
	A) Vereinbarung über Vergütungsprinzip und/oder Vergütungsmass	247
	B) Die Vereinbarung der Vergütungsmassstäbe	248
	a) Das Pauschalhonorar	249
	b) Das Prozenthonorar	250
	c) Das Erfolgshonorar	251
	d) Der Zeitlohn	251
III.	Die Uebung als Massstab für die Bestimmung des Schiedsrichterhonorars "de quantitate"	252
1.	Der Grundsatz	252
2.	Die Uebung zur Bemessung des Schiedsrichter-honorars im Kanton Zürich	254
IV.	Die Bemessung des Schiedsrichterhonorars durch richterliches Ermessen auf Grund des Ange-messenheitsprinzips	259
1.	Die objektiven Kriterien	262
2.	Die Kriterien der Person	268
	A) Juristen als Mitglieder von Schiedsgerichten	269
	B) Nichtjuristen als Schiedsrichter	278
3.	Die Kriterien der Qualität	279
V.	Der Anspruch auf anteilmässiges Honorar	282
1.	- bei vorzeitiger Erledigung des Schiedsstreites durch Vergleich, Rückzug oder Anerkennung der Klage	282
2.	- bei vorzeitigem Ausscheiden des Schiedsrichters im Verlaufe des Schiedsverfahrens	284
	A) bei vorzeitigem Ausscheiden des Schiedsrichters durch Rücktritt zur Unzeit oder nach nicht richtiger Ausübung des Schiedsrichteramtes	286
	B) bei vorzeitigem Ausscheiden des Schiedsrichters nach richtiger teilweiser Erfüllung der schieds-richterlichen Aufgabe	286
V.	Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse in den Grundsätzen des nachstehenden Entschädigungs-modells	290

4. Kapitel: DIE SICHERSTELLUNG DER PROZESSKOSTEN	298
§ 15 Die Sicherstellung der Prozesskosten durch Kautions- und Kostenvorschuss	298
I. Inhalt und Rechtsnatur	298
1. Die Prozesskostenkaution als prozessuale Last	298
2. Kosten- und Honorarvorschuss im obligationenrechtlichen Auftrag	299
A) Die analoge Anwendung des Auftragsrechtes auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution	300
B) Die analoge Anwendung der obligationenrechtlichen Hinterlegung auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution	303
C) Die analoge Anwendung privatrechtlicher Bestimmungen auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution unter dem Aspekt des Schutzes der Schiedsgerichtsparteien	305
D) Kosten- und Honorarvorschuss in der deutschen Schiedsgerichtsbarkeit	308
3. Die gesetzlichen Regelungen der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution	309
A) Der Grundsatz der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution	310
B) Die Säumnisfolgen	310
C) Das Rückgriffsrecht auf den Nichtleistenden und die Haftung der Kautions	311
D) Die zinsbringende Anlage grösserer Barvorschüsse	312
II. Die einzelnen Aspekte der schiedsgerichtlichen Prozesskaution	312
1. Die Höhe von Kautions und Nachkaution und die zinsbringende Anlage grösserer Barkautions	312
A) Die Höhe von Kautions und Nachkaution	312
B) Die zinsbringende Anlage grösserer Barkautions	317
2. Die Rechtsmittel gegen die Auflage von Kautions und Nachkaution	321
3. Die Androhung der Säumnisfolgen	328
4. Der Umfang der Haftung schiedsgerichtlicher Prozesskostenvorschüsse und das Rückgriffsrecht aus Ersatzleistung und Subsidiärhaftung	333

LITERATURVERZEICHNIS

- AMMANN Niklaus: Entschädigungspflicht der Parteien im Zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1971.
- ARNDT Adolf Friedrich I.: Wirkung und Bedeutung der Schiedsklausel im internationalen Getreidehandel, Diss. Zürich 1932.
- BAUHOFFER Arthur: Die Justizverwaltung im Kanton Zürich, SJZ 42 S. 297 ff.
- BAUMBACH Adolf: Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, systematischer Kommentar zu den einschlägigen Vorschriften der Zivilprozessordnung, der Staatsverträge, des ArbCC und der Kostengesetze, Berlin 1931.
- BAUMBACH und SCHWAB: Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., München und Berlin 1960.
- BAECHTOLD Eduard: Aussenhandelsschiedsgerichtsbarkeit in Polen, Diss. Zürich 1973.
- BECKER H.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, II. Abteilung, die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184 - 551, Bern 1934.
- BERTHEAU Theodor R.: Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Diss. Zürich 1965.
- BOERLIN Gerhard: Die örtliche Rechtsanwendung bei Kaufverträgen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, ZSR 33 S. 199 ff.
- BUEELER Hermann: Die Rechtsmittel gegen die Urteile der prozessrechtlichen Schiedsgerichte nach kantonalem Recht, Diss. Zürich 1929.
- BUEREN VON Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil, Zürich 1964.
("OR allgemeiner Teil")
- Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil. Art. 184 - 551, Zürich 1972.
("OR besonderer Teil")
- BURCKHARDT Walter: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. vollständig durchgelesene Aufl., Bern 1931.
("Kommentar BV")
- Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, ZBJV 68 S. 305 ff.
- BRATSCHI Peter/BRINER Robert: Bemerkungen zum Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 72 S. 101 ff.
- BREETZKE Ernst: Vertrag und Vergütung des Schiedsrichters, NJW 1968 S. 1113 ff.
- CONTINI Sylvain: Contribution à l'étude de l'arbitrage en procédure civile vaudoise, Diss. Lausanne 1951.
- DIETZ R.: Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Köln und Bonn 1934.

- EGGER A.: Kommentar zum ZGB, das Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930.
- ESCHER A.: Das Erbrecht, erster Halbband, Art. 457 - 579, zweite umgearbeitete Aufl., Zürich 1937.
- FEHR Emil: Das Schiedsgericht in der schweizerischen Zivilprozessgesetzgebung, Diss. Zürich 1903.
- FLEINER und GIACOMETTI: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.
- FRIEDRICH Hans Peter: Die Analogie als Mittel der richterlichen Rechtsfindung, ZSR 71 S. 439 ff.
- Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 1, Einleitung und Personenrecht, Art. 7., Bern 1966.
- FRITZSCHE Hans: Schiedsgerichte in Zivilsachen nach schweizerischem Recht, in: Internationales Jahrbuch für das Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handelssachen in Europa, Band II, Berlin 1928.
- FRUEH Andreas: Der Billigkeitsschiedsrichter in der Zürcher Zivilprozessordnung und im Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1979.
- GAUTSCHI Georg: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, das Obligationenrecht, die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, der einfache Auftrag, 3. neu bearbeitete Aufl., Bern 1971.
- GEISER Rolf: Ueber den Ausstand des Richters im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1957.
- GENTINETTA Jörg: Die lex fori internationaler Handelsschiedsgerichte, Bern 1973.
- GIACOMETTI Zaccaria: Allgemeine Lehren des rechtstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960.
- GLYSTRAS Georg Christian: Schiedsgerichtsorganisationen und Schiedsgerichte in kaufmännischen Verbänden, Diss. Zürich 1916.
- GREMINGER Hans-Walter: Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 und die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1957.
- GRESSLY Walter: Die Stellung des Schiedsrichters auf Grund der solothurnischen Civilprozessordnung vom 5. Juli 1891 und des Entwurfes einer Zivilprozessordnung vom 16. April 1948/August 1954, Diss. Bern 1959.
- GUHL und MERZ und KUMMER: Schweizerisches Obligationenrecht, 6. bereinigte Aufl., Zürich 1972.
- GULDENER Max: Das schweizerische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958 (inzwischen erschienen 3. Aufl., Zürich 1979). ("ZPR")
- Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 und Suppl. 59,
- Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Zürich 1942, ("Nichtigkeitsbeschwerde")

- Die Gerichtsbarkeit der Wirtschaftsverbände, ZSR 71 A S. 207a - 265a,
- Treu und Glauben im Zivilprozess, SJZ 39 S. 370 - 394, 401 - 405.
- HANAK Svetožar: Quelques aspects de collision de conventions arbitrales, Bull. dr. tchéc., 1956 S. 75 ff.
- HAUSER und HAUSER: Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 29. Januar 1911, Zürich 1978.
- HEINI Anton: Der Entwurf über das Internationale Privat- und Zivilprozessrecht, SJZ 74 S. 249 ff.
- HELLWIG K.: System des deutschen Zivilprozessrechts, Erster Teil, ordentliches Verfahren ausschliesslich besondere Prozessarten und Zwangsvollstreckung, Leipzig 1912,
- Anspruch und Klagerecht, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1924, Aalen 1967.
- HENCKEL W.: Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.
- HEYMANN VON Ekkehart: Der ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld 1969.
- HINDERLING Hans: Die Schiedsgerichtsbarkeit nach Basler Zivilprozessordnung und Konkordat, BJM 72 S. 107 ff.
- HUBER H.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 1, Einleitung und Personenrecht, Art. 6, Bern 1966.
- IMBODEN Max: Bundesrecht bricht kantonales Recht, Diss. Zürich 1940.
- Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 4. Aufl., Basel 1971,
- IMBODEN und RHINOW: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel und Stuttgart 1976.
- KAISER Rudolf: Das europäische Uebereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, Diss. Zürich 1967.
- KELLER Max/SCHULZE Karsten/SCHAETZLE Mark: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im internationalen Privatrecht und in verwandten Rechtsgebieten, eine systematische Auswertung, Band 2, Obligationenrecht, Zürich 1977.
- KIND Fritz: Staatsrechtliche Aspekte der Verbandsschiedsgerichtsbarkeit im Kartellwesen, Diss. Bern 1958.
- KUMMER Max: Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 2. Aufl., Bern 1974,
- Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 1, Einleitung und Personenrecht, Art. 8/9/10, Bern 1966.
("Berner Kommentar")
- LANZ Richard: Das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969, Diss. Zürich 1971.
- LANDOLT H.J.: Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid durch den Schiedsrichter in der privaten internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Diss. Bern 1955.

- LEUCH Georg: Kommentar zur bernischen ZPO, 3. Aufl., Bern 1956.
- LEVI Robert: Zur sachlichen Zuständigkeit des zürcherischen Handelsgerichts, SJZ 46 S. 135 ff.
- LEWALD Hans: Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung, Leipzig 1931.
- LIVER Peter: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 1, Einleitung und Personenrecht, Art. 5, Bern 1966.
- LIFSCHITZ I.D.: Weitere Bemerkungen zum Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 73 S. 59 ff.
- LUECHINGER Adolf: Das gewerbliche Schiedsgericht, Diss. Zürich 1923.
- MAIER Erich T.: Schiedsgericht der Getreidebörse Zürich, Diss. Zürich 1936.
- MARX Robert: Die neue Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer, NJW 56 S. 281/283, München und Berlin 1956.
- MEIER-HAYOZ Arthur: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 1, Einleitung und Personenrecht, Art. 1, Bern 1966.
- MEIER Isaak: Iura novit curia, Verwirklichung dieses Grundsatzes im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1975.
- MOSER Rudolf: Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht, St. Gallen 1948.
- NEF Hans: Unabhängige Schiedsgerichte, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Hans Fritzsche, Zürich 1952 S. 99 ff.
- NEUHAUS Paul Heinrich: Der Schweizer IPR-Entwurf, ein interessantes Modell, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1979 S. 277 ff.
- NEUMAYER Karl: Internationales Privatrecht, in: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abteilung Rechtswissenschaft, XV, Berlin 1923.
- NIEDERER Werner: Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Aufl., Zürich 1961.
- NOETZLI Ivo: Das Schiedsgericht der Genfer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1958.
- NUSSBAUM Arthur: Probleme des internationalen Schiedsgerichtswesens, in: Internationales Jahrbuch für das Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handelssachen, 1926 S. 7 ff., Berlin 1926, Band I.
- OFTINGER Karl: Kommentar zum schweizerischen ZGB, Sachenrecht, Fahrnispfand Art. 884 - 980, 2. Aufl., Zürich 1952.
- OSER und SCHOENENBERGER: Das Obligationenrecht betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, 2. Teil, 2. umgearbeitete Aufl., Zürich 1936.
- OVERBECK VON Alfred E.: Der schweizerische Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht, in: RabelsZ 1978 S. 601 ff.,

- Ueberblick über die schweizerische Literatur zum internationalen Privatrecht, in: Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Band XX, Zürich 1963.
- PFENNINGER Hans Felix: Uebung und Ortsgebrauch im Schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 1911.
- PFISTER Gottfried: Die Parteifreiheit im Schiedsverfahren, unter besonderer Berücksichtigung der luzernischen Gesetzgebung, Diss. Zürich 1967.
- RENGGLI Peter: Die Grenzen der Parteifreiheit im internationalen privatrechtlichen Schiedsverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Genfer Protokolls von 1923, Diss. Bern 1955.
- RIEZLER Erwin: Internationales Zivilprozessrecht, Berlin und Tübingen 1949.
- ROSENBERG und SCHWAB: Zivilprozessrecht, 11. Aufl., München 1974.
- RUEEDE Thomas und HADENFELDT Reimer: Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980.
- SAUSER-HALL George: L'arbitrage en droit international privé, Rapport et projet de Résolution, Institut de droit international, Annuaire 44 1952, Band I, S. 469 ff.
- SCHIEDERMAIR Gerhard: Vereinbarung im Zivilprozess, Bonn 1935.
- SCHIESS Maya: Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs, Diss. Zürich 1978.
- SCHOENENBERGER und JAEGGI: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IPR, die einzelnen Vertragsarten, Zürich 1973.
- SCHOENKE Adolf: Die Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil- und Handelssachen in Europa, Band II, Berlin 1948.
- SCHNITZER Adolf F.: Schweiz. Iur. Karthotek, Karten 946 und 946 a, 1962.
- Die Parteiautonomie im internationalen und im internen Privatrecht, SJZ 35 S. 305 ff. und 326 ff.
- Handbuch des internationalen Privatrechts, 4. Aufl., Band I, Basel 1957,
- Handbuch des internationalen Privatrechts, 4. Aufl., Band II, Basel 1958.
- SCHUPPISSER Otto: Das zivilprozessrechtliche Schiedsgericht, besonders seine rechtliche Struktur, Diss. Bern 1922.
- SCHWAB Karl Heinz: Schiedsrichterernennung und Schiedsrichtervertrag, in: Festschrift für Gerhard Schiedermair, München 1976 S. 499 ff.
- SCHLOSSER Peter: Die sachliche Unabhängigkeit der Schiedsrichter, in: Festschrift für Rudolf Reinhard, Köln 1972 S. 137 ff.
- Entwicklung in Recht und Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Studiengesellschaft Karlsruhe, Karlsruhe und Heidelberg 1976.

- 10. Buch, Schiedsgerichtliches Verfahren, in: Stein/Jonas
Kommentar der deutschen Zivilprozessordnung, Tübingen 1975,
III. Band
(Stein/Jonas/Schlosser)
- STEIN und JONAS: Kommentar der deutschen Zivilprozessordnung,
19. Aufl., Tübingen 1972, I. Band.
- STEINBRUECHEL Wolfgang: Rechtsanwendung oder Billigkeitsent-
scheid im privaten Schiedsgericht nach den kantonalen Schieds-
ordnungen, Diss. Zürich 1935.
- STEINER Ernst Emil: Börsenschiedsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich
1925.
- STRAEULI und HAUSER: Zürcherische Rechtspflegegesetze, II. Zivil-
prozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1939.
- STRAEULI und MESSMER: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozess-
ordnung, ZPO vom 13. Juni 1976, Zürich 1976.
- STUDER Hans: Das landwirtschaftliche Schiedsgericht des Kantons
Zürich, Diss. Zürich 1930.
- SULZER Alfred E.: Die Schiedsgerichtsbarkeit in Geschäfts- und
Organisationsbeziehungen schweizerischer Unternehmungen im
nationalen und internationalen Verkehr, Diss. Zürich 1940.
- SUTER Hans R.: Der Schiedsvertrag nach Schweizerischem Zivil-
prozessrecht, ZSR 47.
- TINNER Rolf: Das rechtliche Gehör, ZSR 83 S. 295 ff.
- TREYER Peter: Das Schiedsgericht der aargauischen Zivilprozess-
ordnung, Diss. Zürich 1976.
- TRUOG Roman: Das Schiedsgericht in privatrechtlichen Angelegen-
heiten, Untersuchungen zum schweizerischen und italienischen
Recht, Diss. Zürich 1969.
- TUHR VON und SIEGWART: Allgemeiner Teil des Schweizerischen
Obligationenrechts, 2. ergänzte Aufl., 1. Halbband, Zürich
1942.
- TUOR und SCHNYDER: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich
1975.
- VISCHER Frank: Internationales Vertragsrecht, Bern 1962.
- VISCHER Max: Die Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil- und Handels-
sachen in der Schweiz, in: Die Schiedsgerichtsbarkeit in
Zivil- und Handelssachen in Europa, Band II, Berlin 1948.
- VOLLENWEIDER U.H.: L'arbitrage volontaire en droit international
privé, Diss. Genf 1938.
- VOYAME Josef: Droit privé fédéral et procédure cantonale, ZSR
80 S. 68 ff.
- WALDER-BOHNER Hans Ulrich: Der neue Zürcher Zivilprozess,
Zürich 1977 (inzwischen erschienen 2. Aufl., Zürich 1979).
("Zürcher ZPO")
- Die neuen Zürcher Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbar-
keit im Lichte des Konkordats, SJZ 72 S. 248 ff.

- WALKER Hans-Peter: Die freie Gestaltung des Verfahrens vor einem internationalen privaten Schiedsgericht durch die Parteien, Diss. Zürich 1968.
- WIGET Felix: Fragen der Verfahrensgestaltung vor Gelegenheits-schiedsgerichten nach zürcherischem Zivilprozessrecht, in: Festschrift für Max Guldener, Zürich 1973 S. 367 ff.
("Fragen der Verfahrensgestaltung")
- Schiedsgerichte und Schiedsgutachten, IV. Teil Sträuli/Messmer, Zürich 1976,
(Sträuli/Messmer/Wiget)
 - Zürcher Schiedsgerichte nach revidiertem Zivilprozessrecht, SJZ 73 S. 101 ff.
 - Ueber das Verhältnis der Schiedsgerichtsordnungen ICC, UNCITRAL, ECE zum Zürcher Schiedsrecht, SJZ 75 S. 17 ff.
- ZAH Paul: Das Schiedsgerichtswesen nach der geltenden Zivilprozessordnung von Graubünden, Diss. Zürich 1946.
- ZUERCHER HANDELSKAMMER: Schiedsgerichtsbarkeit, Handbuch der Texte, Stand 1. Oktober 1977.

GESETZE - MATERIALIEN - TEXTE

Bundesgesetze und internationale Abkommen

- BV der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
BG betreffend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom
10. Dezember 1907
BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetz-
buches, fünfter Teil, Obligationenrecht, vom 30. März 1911
BG über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947
BG über die Organisation der Bundesrechtspflege, Organisa-
tionsgesetz, vom 16. Dezember 1943
UEBEREINKOMMEN UEBER ZIVILPROZESSRECHT
abgeschlossen im Haag am 17. Juli 1905
NEW YORKER ABKOMMEN
vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung
ausländischer Schiedssprüche
EUROPAEISCHES UEBEREINKOMMEN
über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit
vom 21. April 1961

Kantonale Zivilprozessordnungen

- | | |
|-----------------|---|
| Aargau | ZPO vom 12. März 1900 |
| Appenzell A.Rh. | ZPO vom 24. April 1955 |
| Appenzell I.Rh. | ZPO vom 29. April 1956 |
| Basel Land | ZPO vom 20. Februar 1903/21. September 1961
(Stand vor dem Beitritt zum Konkordat) |
| Bern | ZPO vom 7. Juli 1918 (Stand vor dem Beitritt
zum Konkordat) |
| Genf | LCP vom 13. Oktober 1920 (Stand vor dem Bei-
tritt zum Konkordat) |
| Glarus | ZPO vom 2. Mai 1965 |
| Luzern | ZPO vom 28. Januar 1913 |
| Solothurn | ZPO vom 11. September 1966 (Stand vor dem
Beitritt zum Konkordat) |

Neuenburg	LCP vom 29. November 1906 (alt.ZPO) und vom 7. April 1925
Thurgau	ZPO vom 19. November 1926, bereinigte Fassung vom 30. November 1975
Uri	ZPO vom 29. März 1928, revidiert am 28. Juni 1963
Waadt	LCP vom 20. November 1911 und 14. Dezember 1966 (Stand vor dem Beitritt zum Konkordat)
Zug	ZPO vom 3. Oktober 1940
Zürich	alt. ZPO vom 13. April 1913 rev. ZPO vom 13. Juni 1976 alt. GVG vom 29. Januar 1911 rev. GVG vom 13. Juni 1976
Konkordat	über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969
Konkordat	über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen vom 26. April 1974, 8./9. November 1974

Zürcher Gesetze und Verordnungen

KV	des eidgenössischen Standes Zürich vom 18. April 1869 ZG 1, 6
G	über das kantonale Einigungsamt vom 16. Mai 1943 ZG 3, 3
G	über Jagd- und Vogelschutz vom 8. Juni 1975 OS 46, 1
G	über den Rechtsanwaltsberuf vom 3. Juli 1938 ZG 6, 267 und vom 13. Juni 1976 OS 46, 139
EG	zum IVG ZG 3, 591
VO	zum EG zum IVG ZG 3, 596
VO	über das Schiedsgericht in Krankenversicherungsstreitigkeiten vom 10. Dezember 1964 OS 41, 951
VO	über die paritätische Schlichtungsstelle vom 5. Juli 1972 OS 44, 524
VO	über die Anwaltsgebühren vom 22. Dezember 1967 OS 46, 567
VO	über die Beanspruchung der Kauttionen von Vermittlern im Verkehr mit Wertpapieren vom 29. März 1923 ZG 3, 174
VO	über die Festsetzung der Ersatzpflicht von Jagdpächtern für Wildschäden vom 22. September 1945 ZG 2, 498

- VO des RR vom 17. Juli 1974 über die Entschädigung der Mitglieder von Kommissionen und Behörden sowie von nebenamtlich ausgeübten Funktionen, Amtsblatt 1975 Textteil S. 1285 ff.
- VO über das Dienstverhältnis der Beamten der Verwaltung und der Rechtspflege (Beamtenverordnung) vom 16. November 1970 OS 43, 684
- VO über die Taxordnung für Aerzte (Privattarif) vom 26. Februar 1959 ZG 4, 508

Deutsche Gesetze

Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
Deutsche Zivilprozessordnung
Deutsches Richtergesetz
Gerichtskostengesetz
Rechtsanwaltsgebührenordnung

Materialien zur Revision der Zürcher ZPO

- VE Vorentwurf zur Revision des Gesetzes über das Verfahren in Zivilsachen
- E Entwurf der Expertenkommission vom Mai 1968
- VERNEHM-
LASSUNG des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. März 1969 zum Entwurf der Expertenkommission vom Mai 1968
- V Vorlage 1773 Gesetz über die Revision des Verfahrens in Zivilsachen
- PROT. EK Protokolle der Expertenkommission S. 479 - 496, 952 - 975, 1029/30, 1256 - 1263
- PROT. KK S. 261 - 272, 687 - 690, 691 f.
- SITZUNG Kantonsrätliche Kommission vom 30. Januar 1973, S. 4, §§ 240 - 259 V
- Wsg 176 - 180

Andere Zürcher Materialien

- BERICHT 2302 vom 8. Februar 1979 und
BERICHT 2302b vom 28. Februar 1979
der erweiterten Justizverwaltungscommission an den
Kantonsrat betreffend Untersuchung über Prozessver-
schleppungen und Antrag auf gesetzliche Massnahmen
- STELLUNG-
NAHME 2302a des Obergerichts vom 21. Februar 1979
zum Bericht der erweiterten Justizverwaltungscommis-
sion vom 8. Februar 1979 an den Kantonsrat betreffend
ihre Untersuchungen über Prozessverschleppungen und
ihre Anträge auf gesetzliche Massnahmen.
- PROT. KR Protokolle des Kantonsrates, 260. und 261. Sitzung
vom 19. März 1979, S. 12'629 bzw. S. 12'635 ff.,
262. Sitzung vom 26. März 1979, S. 12'685 ff.

Texte und Entwürfe

- REGLEMENT des gemeinsamen Schiedsgerichts des Haus- und Grund-
eigentümerverbandes der Stadt Zürich und des Mieter-
vereins gemäss Ziff. 14 Mietvertragsformulars und
§ 364 Ziff. 2 der Zürcher ZPO, 30. Mai 1932
- ICC Verfahrensordnung des Schiedsgerichtshofs der ICC
Inkrafttreten am 1. Juni 1955, veröffentlicht in
"ICC-Broschüre ch"
- Verfahrensordnung des Schiedsgerichtshofs der ICC
gültig ab 1. Juni 1975, veröffentlicht von der Inter-
nationalen Handelskammer Paris
- ZHK Schlichtungs- und Schiedsordnung der Zürcher Handels-
kammer, Ausgabe 1977
- ECE United Nations Economic Commission for Europe,
United Nations New York 1970: Arbitration Rules of
the United Nations Commission for Europe, January
1966, 20.1.1966
- E eines Gesetzes über das Dienstverhältnis der Beamten

der Verwaltung und der Rechtspflege (Beamten-gesetz)
vom 18. April 1979 (Zürcher Gesetz)
E über das Internationale Privat- und Zivilprozess-
recht "IPR-Gesetz" (Bundesgesetz)

ABKUERZUNGEN

Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGH	Bundesgerichtshof
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BS	Bereinigte Sammlung
BV	Bundesverfassung
BZPO	Bundeszivilprozessordnung
bzw.	beziehungsweise
CCI	Chambre de commerce international
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DRIG	Deutsches Richtergesetz
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
E	Entwurf
ECE	Economic Commission for Europe
EG	Einführungsgesetz
EK	Expertenkommission
Erw.	Erwägung
f.	folgende
ff.	fortfolgende
G	Gesetz
GG	Gerichtsgebühr
GKG	Gerichtskostengesetz
ICC	International Chamber of Commerce
IHK	Internationale Handelskammer
IVG	Invalidenversicherungsgesetz
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
JB	Jahrbuch
JG	Jahrgang
KK	Kantonsrätliche Kommission

Konk.	Konkordat
KR	Kantonsrat
KV	Kantonsverfassung
N	Note
NB	Nichtigkeitsbeschwerde
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OG	Organisationsgesetz
OR	Obligationenrecht
OS	Offizielle Sammlung
RR	Regierungsrat
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für internationales und ausländisches Recht
RaGebO	Rechtsanwaltsgebührenordnung
RG	Reichsgericht
rev.	revidiert
S.	Seite
SchKG	Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SJK	Schweizerische Jur. Karthotek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	unter anderem
UNECFE	United Nations Economic commission for Europe
V	Vorlage
VE	Vorentwurf
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
Wsg.	Weisung
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZG	Zürcher Gesetzessammlung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHK	Zürcher Handelskammer
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zivilkammer
ZPO	Zivilprozessordnung

ZR	Blätter für Zürcher Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizer Recht

Vorbemerkung

Nach Abschluss der vorliegenden Arbeit hat sich der Kanton Appenzell A.Rh. dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit angeschlossen. Verweise und nähere Betrachtung einzelner Aspekte des ausserrrhodischen Schiedsgerichtsrechts haben mithin nur noch Gültigkeit mit Bezug auf alt.ZPO von Appenzell A.Rh. und den Rechtszustand im Kanton vor dem 27. April 1980.

Ebenfalls nach Abschluss der vorliegenden Arbeit ist das Buch "Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht" von Thomas Rüede und Reimer Hadenfeldt erschienen, weshalb dieses Werk lediglich noch in Form von Verweisen in den Anmerkungen Berücksichtigung finden konnte.

Einleitung

I. Gegenstand der Arbeit

Das Thema: "Die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses" umschreibt den Gegenstand der vorliegenden Arbeit klar. Dennoch wird die Beleuchtung gewisser allgemeiner Aspekte des Schiedsgerichtsverfahrens in einem einleitenden Kapitel unumgänglich sein. So darf diese Einleitung denn auch nicht als Versuch einer gesamthaften Darstellung des Schiedsgerichtsverfahrens gewertet werden, welches Unterfangen den Rahmen der vorliegenden Arbeit auch bei weitem sprengen würde. Das einleitende Kapitel stellt im Gegenteil eine vorfrageweise Klärung wesentlicher Grundsätze und wichtiger Aspekte der Schiedsgerichtsbarkeit dar, auf deren Hintergrund die spezifischen Probleme der Kosten des Schiedsgerichtsprozesses, sowie die von Gesetz, Lehre und Praxis angebotenen Problemlösungen und die Entwicklung neuer Thesen hierzu aufgezeigt werden können.

II. Grundlagen der Arbeit

Die Bearbeitung des vorliegenden Themas geschieht auf Grundlage des Schiedsrechtes der Zivilprozessordnung von Zürich vom 13. Juni 1976. Zusätzlich fordert die Bedeutung des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 1) eine gebührende Berücksichtigung. Im weiteren wird in der Arbeit auch auf die Bestimmungen zur Schiedsgerichtsbarkeit in den Prozess-

1) Dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit sind beigetreten die Kantone: Bern 1. Juli 1973, Schwyz 5. Juli 1970, Nidwalden 18. Juni 1970, Obwalden 1. Januar 1974, Freiburg 10. Juli 1971, Solothurn 1. Januar 1971, Basel Stadt 31. Januar 1971, Basel Land 1. November 1973, Schaffhausen 1. Januar 1977, St. Gallen 1. Januar 1973, Graubünden 1. Mai 1975, Tessin 1. Januar 1972, Waadt 5. Juni 1970, Wallis 1. Januar 1973, Neuenburg 24. November 1970, Genf 9. Januar 1971, Jura 1. Januar 1979 - ebenfalls dem Konkordat angeschlossen hat sich Appenzell A.Rh. mit seiner ZPO vom 27. April 1980.

gesetzen der Nichtkonkordatskantone 2) und Deutschlands hingewiesen. Zu diesen Gesetzesquellen werden, namentlich mit Bezug auf den Abschnitt betreffend die gesetzlichen Schiedsgerichte, verschiedene Sondergesetze und Verordnungen des Kantons Zürich beizuziehen sein.

Die Beachtung sämtlicher in der Schweiz zur Zeit gültigen Kodifikationen zum Schiedsrecht, sowie der einschlägigen Zivilprozessbestimmungen Deutschlands bedeutet jedoch nicht, dass die vorliegende Arbeit für sich in Anspruch nimmt, eine rechtsvergleichende Gesamtschau der Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz und in Deutschland zu sein. Der Vergleich der verschiedenen Kodifikationen muss sich im Gegenteil auf die unterschiedliche Gestaltung der Kostenfrage und der damit direkt zusammenhängenden Fragenkomplexe beschränken.

III. Idee und Zielsetzung

Die Wahrung bestehender sowie die Durchsetzung vermeintlicher oder tatsächlicher Rechte bilden das Hauptmotiv, Prozesse zu führen. Die Entscheidung zum Prozessgang wird daneben jedoch auch in hohem Masse von der Ueberlegung abhängen, welche Kosten oder Kostenrisiken damit verbunden sein werden. Während im ordentlichen Prozess der zu erwartende Kostenumfang anhand von Prozessgesetzen und Reglementen zur Festsetzung von Gerichtskosten und Parteientschädigung annähernd im voraus abgeschätzt werden kann, tappen die Parteien eines Schiedsgerichtsverfahrens diesbezüglich weitgehend im Dunkeln. Dabei macht sich das Fehlen gesetzlicher Vorschriften und Reglemente zur Ermittlung der Schiedsrichterhonorare, die regelmässig den deutlich überwiegenden Teil der Schiedsgerichtskosten ausmachen werden, besonders

2) Nichtkonkordatskantone sind: Aargau, Appenzell I.Rh., Glarus, Luzern, Thurgau, Uri, Zürich, Zug - ebenfalls als Nichtkonkordatskanton wird im folgenden der Kanton Appenzell A.Rh. behandelt, dessen Beitritt zum Konkordat nach Abschluss der vorliegenden Arbeit erfolgt.

störend bemerkbar, und es ist auch der Praxis nicht gelungen, diesbezüglich gesicherte und allgemein gültige Grundlagen zu schaffen. Demzufolge muss die Grundidee der vorliegenden Arbeit im Schutz der Schiedsgerichtsparteien vor übersetzten, willkürlichen und anhand wenig sachbezogener Kriterien angesetzten Prozesskosten liegen. Jedoch auch dem Schiedsrichter müsste es dienlich sein, bei der kostenmässigen Bezifferung seiner Bemühungen gegenüber den Schiedsgerichtsparteien auf feste Bemessungsgrundsätze verweisen zu können. Schutz der Schiedsgerichtsparteien vor unangemessener oder willkürlicher Kostenauf-
lage und Wahrung der Interessen von Schiedsrichtern und Schiedsgerichtssekretären auf ausgewiesene Entschädigung ihrer Bemühungen sind schliesslich auch die Rechtsgüter, welche im Streitfall vom ordentlichen Richter nur gerecht gegeneinander abgewogen werden können, wenn ihr Inhalt einigermaßen bestimmbar ist.

1. Kapitel: ALLGEMEINE ASPEKTE DES SCHIEDSVERFAHRENS

§ 1 Das vertragliche Schiedsgericht

I. Das Schiedsgericht als Privatgericht

Schiedsgerichtsprozesse sind Prozesse vor Privatgerichten. Dieser Feststellung wird bei der Beantwortung der Frage nach Art, Umfang und Ermittlung der Kosten des Schiedsverfahrens wesentliche Bedeutung zukommen 1). Die Ermächtigung, für die Entscheidung ihrer privatrechtlichen Streitigkeiten solche Privatgerichte einzusetzen und damit die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte auszuschliessen, auf die Anrufung des ordentlichen Richters und die Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges gleichsam zu verzichten 2), schöpfen die Parteien eines Schiedsgerichtes mit Sitz im Kanton Zürich aus Verfassung und Zivilprozessgesetz von Zürich. Ihre Schranke findet diese Ermächtigung in der Schiedsfähigkeit 3) der Rechtssache, die von einem Schiedsgericht beurteilt werden soll, denn nach ihr richtet sich die Zulässigkeit von Schiedsabreden 4). Die Schiedsabrede als übereinstimmender Parteiwille rechtsuchender Privatpersonen bewirkt somit, unter Ausschluss der Zuständigkeit staatlicher Gerichte, die Schaffung gesetzlich zulässiger Privatgerichte, die nach Massgabe von § 58 der Verfassung des Kantons Zürich und von §§ 238 ff. seiner Zivilprozessordnung mit der Befugnis ausgestattet sind, schiedsfähige Privatstreitigkeiten

1) Siehe unten 3. Kapitel §§ 9 - 14.

2) Vgl. auch Glarus ZPO Art. 351.

3) In den Zivilprozessordnungen von Aargau § 356, Appenzell A.Rh. Art. 266, Appenzell I.Rh. Art. 299, Thurgau § 214, Zürich § 238 und im Konkordat (Konk.) Art. 5 werden jene Ansprüche als schiedsfähig erklärt, über welche die Parteien frei verfügen können; Luzern in ZPO § 364 und das deutsche Recht in DZPO § 1025 bezeichnen als schiedsfähig die Ansprüche, über welche von den Parteien Vergleiche geschlossen werden können.

4) Schiedsabrede (Schiedsvertrag im weiteren Sinn oder Schiedsgerichtsvertrag) gilt als Oberbegriff für Schiedsvertrag im engeren Sinn oder Schiedsklausel; im übrigen vgl. zur Terminologie: Nötzli S. 29; Schuppisser S. 13; Guldener "ZPR" S. 579 Ziff. 3.

rechtswirksam zu entscheiden 5). Der übereinstimmende Parteiwille bringt in den Schiedsgerichten die private Gerichtsbarkeit zum Entstehen; an ihn knüpft das Gesetz die Befugnis zur privaten Rechtsprechung durch Privatpersonen. Die Parteiwillkür als markanter, beherrschender Wesenszug und begriffsnotwendiger Ursprung jeglicher Schiedsgerichtsbarkeit darf jedoch nicht verkennen lassen, dass die private Rechtsprechung der Schiedsgerichte immer Teil der staatlichen Rechtsprechung ist. Denn es ist der Staat, der im Rahmen der Verwirklichung des publizistischen Rechtsschutzanspruches als Träger des Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsmonopols die private neben der staatlichen Rechtsprechung zulässt 6). Die private Gerichtsbarkeit wird in die staatliche Gerichtsbarkeit eingeordnet und ist als Bestandteil derselben zu begreifen 7). Auf diese Weise macht der Staat die staatliche Jurisdiktion als einzig existierende den Privaten zugänglich, und der ins Amt berufene Schiedsrichter übt obrigkeitliche Funktionen aus wie ein staatlicher Richter 8). Diese Befugnis des Schiedsrichters, innerhalb staatlicher Jurisdiktion private Rechtsprechung auszuüben, muss denn auch zwangsläufig mit der Wirkung verknüpft sein, dass seine Erkenntnisse den ordentlichen Urteilssätzen gleichgestellt werden. Die Rechtswirksamkeit der Schiedssprüche tritt als Folge der prozessualen Wirkungen des übereinstimmenden Parteiwillens der Schiedsgerichtsparteien auch regelmässig ein, denn der Staat stattet, kraft seiner Hoheit als Träger des Rechtsmonopols, die private Rechtsprechung der Schiedsgerichte als Teil staatlicher Jurisdiktion mit der Gewalt aus, rechtswirksame, für Parteien, Ge-

5) Guldener "ZPR" S. 572; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 445; Sträuli/Messmer/Wiget N 4 vor § 238; Rosenberg/Schwab S. 957.

6) Zah S. 19; Renggli S. 52.

7) In Art. 2 lit. k) der ZPO von Appenzell I.Rh. sind die vertraglichen Schiedsgerichte unter den zur Rechtspflege berufenen Organen aufgeführt.

8) Vgl. ZR 26 Nr. 184; Guldener "ZPR" S. 572; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 445.

richte und Vollstreckungsbehörden verbindliche Urteile zu fällen 9). Die Schiedsgerichte sind also in das staatliche Justizsystem eingeordnete Privatgerichte, denen innerhalb der gesetzlichen Vorschriften die Befugnis zukommt, private Rechtsprechung auszuüben und deren Erkenntnisse die Rechtswirksamkeit ordentlicher Urteilssätze besitzen.

II. Die Rechtsnatur der Schiedsabrede

Die Darstellung von I. gründet auf der Charakterisierung der Schiedsabrede als Figur des Prozessrechts. Die Entscheidung des Theorienstreits in der Rechtsprechung durch BGE 41 II 536 war für die Schweiz von vordergründig praktischem Interesse. Durch die Anerkennung ihrer prozessrechtlichen Natur wurde die Schiedsabrede ins kantonale Zivilprozessrecht verwiesen, wodurch die Zulässigkeit von Berufungen an das Bundesgericht gegen kantonale Endurteile, durch welche Fragen im Zusammenhang mit der Gültigkeit von Schiedsabreden behandelt wurden, zu verneinen war und ist. Die Gegensätze zwischen Vertragstheorie (privatrechtliche Auffassung) und Urteilstheorie (prozessrechtliche Auffassung) dauerten jedoch auch nach dieser Bundesgerichtsentscheid fort und reichen bis in die Gegenwart. In der Schweiz bilden die Vertreter der prozessrechtlichen Auffassung die überwiegende Mehrheit und die Anhänger der Vertrags- oder Mandatstheorie sind vereinzelt geblieben. Besonders in neuerer Zeit hat sich aber eine dritte Ansicht vermehrt zu Wort gemeldet, die sowohl die prozessrechtlichen wie die privatrechtlichen Elemente der Schiedsabrede betont und daraus ableitet, die Schiedsgerichtsbarkeit stelle eine Institution "sui generis" dar. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit mag ein knapper Hinweis auf den Widerstreit der Meinungen genügen 10).

9) Schuppisser S. 29/30.

10) Vgl. die Darstellungen bei: Bertheau S. 3/4; Renggli S. 51 ff.; Bächtold S. 31 ff.; Schuppisser S. 18 ff.; Rosenberg/Schwab S. 961 f.; Stein/Jonas/Schlosser I. 1. und I. 5. vor § 1025; Baumbach S. 36/37; Baumbach/Schwab S. 54/55.

1. Die Anhänger der privatrechtlichen Auffassung vergleichen die schiedsrichterliche Tätigkeit mit derjenigen eines Mandatars 11) und erblicken im Schiedsvertrag ein Mandat 12). Sie gehen davon aus, in der gesetzlich gewährleisteten Zulässigkeit von Schiedsgerichten liege die Ermächtigung der Schiedsgerichtsparteien, die Schiedsrichter kraft ihres übereinstimmenden Parteiwillens mit der autoritativen Gewalt auszustatten, Recht zu sprechen; der übereinstimmende Parteiwille sei die Quelle der Rechtswirksamkeit von Schiedssprüchen und nicht die staatliche Souveränität wie bei den ordentlichen Urteilen 13). Zudem seien Schiedsabrede und Schiedsspruch als eine Einheit zu betrachten, indem der Schiedsspruch, obwohl er zwar gewisse, den staatlichen Urteilen ähnliche Wirkungen entfalte, seinem Wesen nach kein Urteilsspruch sei, sondern eine Ergänzung des Hauptvertrages darstelle; der Schiedsspruch, dem sich die Parteien im voraus durch die Schiedsabrede unterwerfen, lege das Rechtsverhältnis zwischen ihnen endgültig fest 14).

Während sich Glystras zur privatrechtlichen Auffassung bekennt, ohne zum Problem der widerstreitenden Theorien Stellung zu nehmen 15), nimmt Sulzer eine differenziertere Haltung ein. Zwar lässt er die prozessrechtliche Qualifizierung eines Schiedsvertrages im engeren Sinne als möglich gelten, hält sie aber für die Schiedsklausel als Bestandteil eines privatrechtlich zu qualifizierenden Hauptvertrages für kaum überzeugend; aus Gründen der Rechtssicherheit sei die einheitliche Behandlung aller

11) Renggli S. 51.

12) Vgl. auch Stein/Jonas/Schlosser I. 1. a) vor § 1025.

13) Vgl. auch Nussbaum "Internationales Jahrbuch I": "Er (der Schiedsspruch) findet seine Rechtsgrundlage nicht in einer fremden Gerichtshoheit (bei internationalen Schiedsgerichten), sondern in den übereinstimmenden Parteiwillen, aus welchen die Schiedsrichter ihre Ermächtigung ableiten." 7. S. 13.

14) Vgl. dazu auch Nussbaum "Internationales Jahrbuch I" S. 14: "..., so ist doch jedenfalls so viel richtig, dass der Schiedsspruch nicht nach Urteils-, sondern nach Vertragsgrundsätzen zu behandeln ist."

15) Glystras S. 55.

Formen der Schiedsabrede aber geboten, und Sulzer entscheidet sich für die privatrechtliche Auffassung 16).

2. Die Vertreter der gemischtrechtlichen Theorie nehmen die Aufgliederung der Schiedsgerichtsbarkeit in verschiedene Abschnitte zum Ausgangspunkt ihrer Auffassung. In den verschiedenen Stadien (Schiedsabrede, Schiedsverfahren, Fällung des Schiedsspruchs) träten verschiedene Personen auf, und die einzelnen Abschnitte seien differenziert zu qualifizieren: die Schiedsabrede sei materiellrechtlich beherrscht, bei Schiedsverfahren und Fällung des Schiedsspruches stehe Prozessrecht im Vordergrund 17). Das führt Sauser-Hall zur Auffassung, dass die Arbitrage auf Grund ihres gemischtrechtlichen Charakters eine Institution "sui generis" sei und weder allein im Lichte des Privatrechts noch des Prozessrechts betrachtet werden dürfe 18).

Anderer Auffassung ist Hanak 19), der darauf hinweist, dass in jedem Stadium der Schiedsgerichtsbarkeit beide Elemente aufträten, weshalb höchstens feststellbar sei, in welchem Abschnitt Prozessrecht und in welchem Privatrecht überwiege.

Auch Renggli bekennt sich zur gemischtrechtlichen Ansicht, indem er darauf verweist, dass einerseits die schiedsgerichtliche Rechtsprechung in ihrer Grundlage und ganzen Ausgestaltung auf dem Parteiwillen beruhe, dass sie aber - wie jedes Recht - im Gesetz normiert sein müsse, was anhand ihres Charakters als Verfahrensrecht regelmässig in Prozessgesetzen geschehe 20). Dieser Meinung schliesst sich Bertheau an 21).

16) Sulzer S. 33/34.

17) Bächtold S. 33/34.

18) Sauser-Hall S. 593.

19) Hanak S. 75 ff.

20) Renggli S. 56.

21) Bertheau S. 4.

3. Diesen Theorien seien neben der Darstellung von I. noch folgende grundsätzliche Erwägungen entgegengehalten:

Durch die Schiedsabrede einigen sich die Parteien auf einen vom Gesetz zugelassenen, vom ordentlichen Rechtsweg jedoch abweichenden, Modus zur Behandlung ihrer Streitsache. Sie wählen zur Rechtsverfolgung aus den vom Staat zur Verfügung gehaltenen Verfahrensformen die private Rechtsprechung 22). Diese Einigung kommt einer Prozesshandlung gleich, und ihre Wirkungen sind nicht privatrechtlich, sondern rein prozessual. Daran vermag auch der Umstand nicht zu ändern, dass auf die Schiedsabrede, als ausserhalb des Zivilrechts stehenden Rechtsfigur, mit Bezug auf den Vertragsabschluss die Bestimmungen des OR analog Anwendung finden 23). Auch die von Vertretern der Prozess-theorie verschiedentlich gemachte Einschränkung, die Schieds-abrede beinhalte mindestens in der Unterwerfung der Prozess-parteien unter den künftigen Schiedsspruch ein privatrechtliches Element 24), ist zurückzuweisen, denn die Rechtswirksamkeit des Schiedsspruches gegenüber jedermann ist eine Folge des gewählten Verfahrens 25). Die Schiedsabrede ist somit rein prozess-rechtlicher Natur, indem sie gestützt auf das Gesetz ein Ver-fahren zur Anwendung gelangen lässt, das mit wenigen zwingenden Normen und der Freizeichnung zur weitgehenden privatautonomen Gestaltung des Prozesses die Eigentümlichkeit und Bedeutung des Schiedsgerichtsverfahrens ausmacht.

III. Die Bedeutung der Schiedsgerichte

Wenn der Staat als Träger des Rechtsmonopols in den Schiedsge-richten die private Gerichtsbarkeit innerhalb des staatlichen Justizsystems zulässt, dann stellt sich zwangsläufig die Frage nach den Gründen dafür. Die Institution der Schiedsgerichte ist alt. Der Grad ihrer Bedeutung schwankte stets im Auf und Ab dar-

22) Treyer S. 22; BGE 41 II 536 ff.

23) Suter ZSR 47 S. 21; Guldener "ZPR" S. 579.

24) Fehr S. 24; Zah S. 18.

25) Schuppisser S. 27.

niederliegender und wiedererstarkter Staatsjustiz 26). Mit der Zulassung der Schiedsgerichte trägt der Staat den Bedürfnissen jener Rechtssuchenden Rechnung, welche für die Rechtsverfolgung die private Gerichtsbarkeit der staatlichen Rechtsprechung vorziehen. Diesen Bedürfnissen liegen verschiedenartigste Motive zugrunde, wie etwa: die raschere Streiterledigung durch die Schiedsgerichte, die Möglichkeit, Sachverständige ins Schiedsrichteramt zu berufen, ein weniger gezwungenes Streitiges Verfahren vor Schiedsgericht und der weitgehende Ausschluss der Öffentlichkeit von den Verhandlungen 27). Zu diesen Gründen tritt in internationalen Streitigkeiten der weitere Vorteil, sich, durch entsprechende Sitzwahl in einem ausserhalb der Wohnsitzländer der Parteien gelegenen Land, ein unabhängiges, unbefangenes Schiedsgericht zu sichern 28). Diesen Vorteilen stehen jedoch auch Nachteile gegenüber 29), deren gewichtigster wohl in den bedeutenden Mehrkosten der Schiedsgerichte zu erblicken ist. Diese Tatsache führt Fritzsche zur Erkenntnis, dass sich die Schiedsgerichtsbarkeit infolge der erheblichen Honorare der Schiedsrichter für geringfügige Sachen überhaupt nicht lohne 30). So wird für kleinere Streitigkeiten wie z.B. aus Lehrlings-, Miets-, Arbeitsverträgen und dergleichen, für die gerade eine freundschaftliche Streiterledigung vor Schiedsgericht wünschenswert wäre, die Anrufung von Schiedsgerichten aus Kostengründen kaum zu empfehlen sein. Die Frage nach Art und Umfang der Kosten des Schiedsgerichtsverfahrens bleibt aber für alle Prozesse, die vor ein Schiedsgericht getragen werden sollen, offen. Dabei liegt der Grund der Unsicherheit, die uns bei der Beantwortung dieser Frage begegnet, in den sehr vagen, von Fall zu Fall unterschiedlichen und bisweilen sogar zufälligen Kriterien, nach welchen sich die Kosten des Schiedsgerichtsverfahrens bemessen können.

26) Kummer "Grundriss des Zivilprozessrechtes" S. 43.

27/28) Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 446; Guldener "ZPR" S. 580/581.

29) Treyer S. 26 ... Verzicht auf ordentliche Rechtsmittel; Bertheau S. 2 ... Schwierigkeiten bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen internationaler Schiedsgerichte.

30) Fritzsche "Internationales Jahrbuch II" S. 65; vgl. zur Kostenfrage auch: Rüede/Hadenfeldt S. 25 f. IV.

§ 2 Das gesetzliche Schiedsgericht

I. Die gesetzlichen Schiedsgerichte als staatliche Sondergerichte

Keine eigentlichen Schiedsgerichte sind die auf Rechtssatz, nicht privater Parteiabrede beruhenden staatlichen Sondergerichte, auch wenn sie den Namen "Schiedsgericht" tragen 31). Die Zuständigkeit dieser "Zwangsschiedsgerichte" bestimmt sich stets nach Gesetz, und ihre Gerichtsbarkeit beschränkt sich auf einen genau umschriebenen Kreis von Streitigkeiten, für welchen sie die Zuständigkeit der ordentlichen staatlichen Gerichte ausschliessen 32). Die gesetzlichen Schiedsgerichte weisen jedoch stets gewisse Gemeinsamkeiten mit den eigentlichen Schiedsgerichten auf, sei es, dass sie Sachverständigengerichte darstellen oder ihre Verhandlungen nicht öffentlich sind, wie bei den ordentlichen Prozessen, sei es, dass die Parteien Einfluss auf die Besetzung der Sondergerichte nehmen können, oder dass für ihr Verfahren laut Gesetz die Schiedsregeln der ZPO heranzuziehen sind 33). Wenn Fehr und Studer allerdings im Entscheiden nach billigem Ermessen und weniger nach strengem Recht den gemeinsamen Grundzug aller Schiedsgerichtsgebilde erblicken 34), so ist dem entgegenzuhalten, dass die Zürcher ZPO vom 13. April 1913 wie auch die Zivilprozessgesetze anderer Kantone den Schiedsrichter ausdrücklich an das Recht binden 35) und den Parteien eines zürcherischen Schiedsgerichts erst mit der Gesetzesrevision vom 13. Juni 1976 die Möglichkeit gegeben wurde, ihm den Entscheid nach billigem Ermessen zu erlauben.

Für die vorliegende Arbeit aufschlussreich kann, neben einem Hinweis auf die Kostengestaltung in Entscheiden der gesetzlichen

31) Sträuli/Messmer/Wiget N 5 vor § 238; Steiner S. 35 f.; Nussbaum "Internationales Jahrbuch I" 21. S. 33/34.

32) Studer S. 24/25; Lüchinger S. 1.

33) Guldener "ZPR" S. 575; auch Nussbaum "Internationales Jahrbuch I" 21. S. 33 unten.

34) Fehr S. 6; Studer S. 25.

35) Alt ZPO § 365 Abs. 2; Appenzell A.Rh. Art. 270 Abs. 2; Appenzell I.Rh. Art. 303 Abs. 2; Thurgau § 219 Abs. 1.

Schiedsgerichte, namentlich die Darstellung von Art und Bemessung der Schiedsrichterentschädigungen bei Zwangsschiedsgerichten sein. Als Anschauungsmodelle mögen uns dafür die nachstehenden gesetzlichen Schiedsgerichte des Kantons Zürich dienen:

1. Das kantonale Einigungsamt als Schiedsgericht 36),
2. das Schiedsgericht in Krankenversicherungsstreitigkeiten 37), dessen Verfahren auch auf das Paritätische Schiedsgericht gemäss §§ 8 und 8 bis des zürcherischen EG zum IVG Anwendung findet 38),
3. die paritätische Schlichtungsstelle in Mietsachen als Schiedsgericht 39),
4. der sachverständige Schiedsrichter gemäss § 46 des Gesetzes über Jagd- und Vogelschutz 40),
5. das Schiedsgericht des Effektenbörsenvereins gemäss §§ 9 und 10 der Verordnung über die Beanspruchung der Kauttionen von Vermittlern im Verkehr mit Wertpapieren 41).

II. Die Kosten gesetzlicher Schiedsgerichte

Die Kosten der gesetzlichen Schiedsgerichte sind von gleicher Art wie diejenigen der ordentlichen Gerichte. Sie setzen sich zusammen aus Gerichtsgebühr und Auslagenersatz, umfassen aber namentlich nicht die Entschädigungen der Schiedsrichter. Kostenansatz und Kostenverlegung richten sich nach den Regeln der

36) Gemäss §§ 9 und 10 des Gesetzes über das kantonale Einigungsamt vom 16. Mai 1943, ZG 3 S. 3 ff.

37) Gemäss Art. 25 KUVG und § 20 EG zum KUVG, OS 42 S. 161.

38) Gemäss §§ 8 und 8 bis) EG zum IVG, ZG 3 S. 591 ff. und OS 43 S. 287; § 16 der Verordnung, ZG 3 S. 596 und OS 43 S. 184.

39) Gemäss § 15 der Verordnung über die paritätische Schlichtungsstelle in Mietsachen vom 5. Juli 1972, OS 44 S. 524.

40) Gemäss § 46 des Gesetzes über Jagd- und Vogelschutz vom 8. Juni 1975, Amtsblatt 75, Textteil S. 572.

41) Verordnung vom 29. März 1923, ZG 3 S. 174, OS 43 S.

zürcherischen Rechtspflegegesetze 42), soweit die Normen der einzelnen gesetzlichen Schiedsgerichte keine besonderen Vorschriften darüber enthalten 43). Die Kostengestaltung der einzelnen gesetzlichen Schiedsgerichte erweist sich als uneinheitlich:

1. Die Kosten des kantonalen Einigungsamtes sind gemäss § 3 des Gesetzes mit Einschluss der Auslagen für Zeugen und Sachverständige auf die Staatskasse zu nehmen. Amtet das kantonale Einigungsamt als Schiedsgericht, so kann sich allerdings die Frage stellen, ob für seine Kosten diese Regelung auch Geltung habe, oder ob gemäss § 39 des Gesetzes, der neben § 37 (Zuständigkeit) und § 38 (Besetzung) für das Schiedsverfahren die Vorschriften des Gesetzes betreffend den Zivilprozess als "sinn- gemäss" anwendbar erklärt, die Regeln von ZPO und GVG zum Zuge kommen sollen. Das kantonale Einigungsamt hat in seinen letzten zwei Entscheiden die Kosten unter Hinweis auf § 3 des Gesetzes auf die Staatskasse genommen 44). Der Aufbau des Gesetzes lässt dieses Vorgehen als richtig erscheinen. Die Anwendbarkeit der unter "II. Allgemeines" aufgeführten §§ 1 bis 4 erstreckt sich auf das ganze Gesetz, weshalb § 39 nicht als Gesamtverweisung aufzufassen ist, sondern sich auf das Verfahren in einem engeren Sinne mit Ausschluss der Kostenregelung bezieht. Es wäre denn auch nicht einzusehen, dass die unter "II. 3. und 4." des Gesetzes aufgezählten Instrumentarien zur Beilegung von Kollektivstreitigkeiten, die beide - wenn funktionell auch verschieden - in gleichem Masse dem vordringlichsten Ziel des Gesetzes dienen, nämlich der Erhaltung des Arbeitsfriedens, mit Bezug auf die Kostengestaltung unterschiedlich behandelt würden.

42) Zürcher Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 §§ 64 ff.; Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976 §§ 201 ff.; Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 30. Juni 1976, beruhend auf der Gesetzesdelegation von GVG § 20.

43) ZR 42 Nr. 21 S. 58 Spalte 2.

44) Nicht publizierte Entscheide des kantonalen Einigungsamtes als Schiedsgericht vom 5. Dezember 1964 und vom 16. Februar 1977.

2. § 15 der Verordnung über das Schiedsgericht in Krankenversicherungsstreitigkeiten legt für den Kostenansatz im Sühnverfahren einen Rahmen von Fr. 5.-- bis Fr. 75.-- fest und bestimmt weiter, dass bei Durchführung von Sühn- und Hauptverfahren alle Kosten in einer einheitlichen Gerichtsgebühr festzusetzen seien 45). Für die Verlegung der Kosten gelten die Grundsätze von ZPO und GVG, wobei § 16 Abs. 2 der Verordnung eine Besonderheit statuiert, indem jene Partei zur Kostentragung und zur Prozessentschädigung an die Gegenpartei verhalten werden kann, welche im Endentscheid nicht wesentlich mehr zugesprochen erhält, als ihr von der Gegenpartei spätestens im Sühnverfahren zugestanden worden war.

3. Das Verfahren der Schlichtungsstelle in Mietsachen ist gemäss § 12 der Verordnung kostenlos. Die Frage, ob dieses Prinzip auch auf das schiedsgerichtliche Verfahren der Schlichtungsstelle Anwendung findet, wurde von der bisherigen Praxis uneinheitlich beantwortet. 46). Zwei Ueberlegungen scheinen indessen jener Auffassung Recht zu geben, welche die Kostenregelung im schiedsgerichtlichen Verfahren der Schlichtungsstelle nach Massgabe von ZPO und GVG als richtig erachtet. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit ist unter " II. Verfahren" als Spezialnorm neben § 14 aufgeführt, welcher eine Verweisung auf die Vorschriften von ZPO und GVG enthält, soweit keine abweichenden Bestimmungen des Bundesrechts entgegenstehen. Aus der Systematik der Verordnung geht deutlich hervor, dass diese beiden Bestimmungen nur auf das Schlichtungsverfahren Anwendung finden. Unter

45) Verordnung über das Schiedsgericht in Krankenversicherungsstreitigkeiten vom 10. Dezember 1964, OS 41 S. 591, mit Abänderung vom 10. Dezember 1965, OS 42 S. 180.

46) Die Schlichtungsstellen als Schiedsgerichte in den nachstehenden Bezirken haben in folgenden nicht publizierten Entscheiden die Kosten ausser Ansatz gelassen: Zürich 2 Entscheide vom 28. November 1972; Horgen 4 Entscheide vom 21. September 1972; Dielsdorf 1 Entscheid vom 31. Januar 1974; in ihrem einzigen Entscheid hat die Schlichtungsstelle als Schiedsgericht des Bezirkes Affoltern am Albis die Kosten nach Massgabe der zivilprozessrechtlichen Bestimmungen den Parteien auferlegt, Schiedsspruch vom 6. März 1973.

"III. Die paritätische Schlichtungsstelle als Schiedsgericht" führt § 15 einige Spezialnormen für das schiedsgerichtliche Verfahren auf und enthält in Abs. 4 eine Verweisung auf das Zivilprozessrecht, das - unter Vorbehalt abweichenden Bundesrechts - "im übrigen sinngemäss" als anwendbar erklärt wird. Diese Verweisung umfasst, da eine Spezialnorm für die Kostengestaltung im Schiedsverfahren fehlt, auch die Vorschriften von ZPO und GVG über die Kostenregelung. Aber auch das Nebeneinander der funktionell gleichartigen Instanzen der Schlichtungsstelle als Schiedsgericht, die einen Kreis bestimmter Streitigkeiten rechtskräftig entscheiden kann, und des Mietgerichts, das bei Scheitern des Schlichtungsverfahrens und erfolgtem Weiterzug gemäss § 13 der Verordnung zur richterlichen Erledigung solcher Streitigkeiten zuständig ist, verbietet die Anwendung verschiedener Prinzipien auf die Kostengestaltung dieser beiden Verfahren. So dürfte es kaum Wille des Gesetzgebers gewesen sein, für die Rechtsverfolgung genau umschriebener Streitigkeiten zwei verschiedene Gerichte zur Verfügung zu halten, deren Wahl für die Parteien in einen Fall mit dem Risiko von Kostenfolgen bei Unterliegen verbunden wäre, im andern Fall jedoch den Vorzug eines kostenlosen Verfahrens mit sich brächte.

4. Die Vorschriften für das Sachverständigenschiedsgericht gemäss Gesetz über Jagd- und Vogelschutz sind in der Verordnung zur Festsetzung der Ersatzpflicht der Jagdpächter für Wildschäden niedergelegt 47). Dabei geben § 48 des Gesetzes und § 16 der Verordnung mit Bezug auf die Kostenregelung die Grundsätze des Zivilprozessrechtes wieder.

5. Für die Kostengestaltung des Schiedsgerichts des Effektenbörsenvereins gemäss §§ 9 und 10 der Verordnung über die Beanspruchung der Kauttionen von Vermittlern im Verkehr mit Wertpapieren sind die Grundsätze von ZPO und GVG heranzuziehen. Dabei ist mit Bezug auf die Kostenverlegung eine Besonderheit statuiert, indem gemäss § 10 der Verordnung die Kosten von der

47) Verordnung vom 22. September 1945, ZG 2 S. 498.

Kaution zu beziehen sind, wenn im Prozess das Börsenkommissariat unterliegt.

III. Die Entschädigung gesetzlicher Schiedsrichter

Die Schiedsrichter gesetzlicher Schiedsgerichte üben die Funktionen staatlicher Richter aus 48). Als Mitgliedern staatlicher Sondergerichte kommt ihnen somit - mindestens mit Bezug auf die Entschädigung ihrer richterlichen Tätigkeit - Beamtenqualität zu 49), ungeachtet, ob sie bei Ausübung ihrer normal beruflichen Tätigkeit Beamtenstatus innehaben oder nicht 50). Die Entschädigung der Schiedsrichter von Zwangsschiedsgerichten hat wie diejenige ordentlicher Richter durch den Staat, der alle staatliche Gerichtsbarkeit finanziert, zu erfolgen. Dabei bestehen keine einheitlichen, auf alle Schiedsrichter gesetzlicher Schiedsgerichte anwendbare Entschädigungsgrundsätze. Es fällt im Gegenteil auf, dass die sich in verschiedenen Verordnungen findenden Entschädigungssätze in Höhe und mit Bezug auf Bemessungskriterien unterschiedlich gestaltet sind.

1. Die Entschädigungssätze der Mitglieder des kantonalen Einigungsamtes als Vermittlungsinstanz und als Schiedsgericht sind aufgeführt in der Verordnung des Regierungsrates über die Entschädigung der Mitglieder von Kommissionen und Behörden sowie von nebenamtlich ausgeübten Funktionen 51). Sie betragen

48) Steiner S. 35.

49) Vgl. die Gesetzesdelegation von § 63 der Beamtenverordnung vom 16. November 1970, auf der die Verordnung des Regierungsrates vom 17. Juli 1974 beruht, wo die Entschädigungssätze für "Kommissionen und Schiedsgerichte mit besonderen Entschädigungen" aufgeführt sind.

50) Im übrigen würde es weit über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausreichen, die Frage der Beamtenqualität der gesetzlichen Schiedsrichter in all ihren Aspekten zu untersuchen.

51) Verordnung des Regierungsrates vom 17. Juli 1974, Amtsblatt 1975, Textteil S. 1285 ff.

pro Sitzung Fr. 90.-- für den Präsidenten und Fr. 55.-- für jedes der weiteren Mitglieder 52).

Jene Schiedsrichter, die von den Parteien gestützt auf § 38 des Gesetzes zusätzlich herangezogen werden, sind von den jeweiligen Parteien privat zu entschädigen. Es kann allerdings die Frage auftauchen, ob analog zur privaten Schiedsgerichtsbarkeit die Honorarkosten dieses privaten gesetzlichen Parteischiedsrichters der obsiegenden Partei von der unterlegenen Partei zu tragen seien. Die Stellung dieser privaten gesetzlichen Parteischiedsrichter scheint darauf eine negative Antwort zu geben. Diesen Schiedsrichtern kommt durch Rechtssatz die Befugnis zu, zusammen mit andern, vom Staate bestimmten und zu entschädigenden Schiedsrichtern, die Streitigkeiten der Parteien zu entscheiden. Die Grundlage für ihre Ernennung und deren Wirkungen liegt ausschliesslich in der Gesetzesnorm, und es ist nicht, wie beim privaten Schiedsgericht, eine Schiedsabrede vorausgesetzt, an die das Gesetz die entsprechenden Wirkungen knüpft. Nicht von gleicher Qualität wie der Parteiwille, der zur Schiedsabrede führt, ist das beidseitige Einverständnis der Parteien, das kantonale Einigungsamt als gesetzliches Schiedsgericht anzurufen. Diese Einigung der Parteien im Sinne von § 37 des Gesetzes begründet nicht die Zuständigkeit eines privaten Schiedsgerichtes, sondern trägt eher den Charakter einer Gerichtsstandswahl. Demzufolge liegt in der gesetzlich normierten, fakultativ ausgestalteten Ernennungsbefugnis jeder Partei weder die Vollmacht oder ein irgendwie geartetes Vertretungsrecht der Gegenpartei zum Abschluss eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen privatem gesetzlichem Parteischiedsrichter und beiden Prozessparteien, noch wird damit die Wirkung erzielt, durch die Ernennung von Gesetzes wegen ein receptum arbitri zwischen beiden Prozessparteien und den jeweiligen privaten gesetzlichen Parteischiedsrichtern zur Entstehung zu bringen. Der private gesetzliche Parteischiedsrichter im Schiedsgericht des kantonalen Einigungsamtes steht somit nur in einem vertraglichen

52) Verordnung des Regierungsrates vom 17. Juli 1974 zit. Anm. 51, B 4. S. 1297.

Verhältnis zu der ihn ernennenden Partei. In analoger Anwendung der im Privatrecht als Auftrag typisierten obligatorischen Rechtsbeziehungen des eigentlichen *receptum arbitri* ist dieses Verhältnis zwischen Partei und privatem gesetzlichem Parteischiedsrichter auch als Auftrag zu qualifizieren. Mit Bezug auf die Honorierung dieses privaten gesetzlichen Parteischiedsrichters besteht aber keine Solidarhaft der Prozessparteien. Daher fehlt es auch an einem Rechtstitel des privaten gesetzlichen Parteischiedsrichters auf Honorierung durch die unterlegene Partei, die ihn nicht ernannt hat. Ob die obsiegende Partei die Honorarkosten ihres privaten gesetzlichen Parteischiedsrichters auf dem Wege eines Schadenersatzprozesses von der Gegenpartei zurückfordern kann, bleibe dahingestellt, erscheint angesichts der Schwierigkeit von Verschuldensbeweis und Nachweis der Kausalität für den entstandenen Schaden aber sehr ungewiss. Die Untersuchung dieser Frage würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die im Schiedsgericht des kantonalen Einigungsamtes vorgesehene Form privater gesetzlicher Parteischiedsrichter unter dem Aspekt der Garantie des verfassungsmässigen Richters und der damit verbundenen Forderung nach Unabhängigkeit des Schiedsrichters, wie sie unten in § 10 darzustellen sein wird, als eher fragwürdiges Institut erscheinen muss. Vergewenwärtigt man sich die strengen Anforderungen, die an die Unabhängigkeit gerade auch der Schiedsrichter gestellt werden, so fällt auf, dass der private gesetzliche Parteischiedsrichter des kantonalen Einigungsamtes zu sehr die Eigenschaften eines eigentlichen Parteivertreters und zu wenig diejenigen eines Richters zu tragen scheint.

2. Eine weit differenziertere Abstufung erfahren die in oben unter 1. aufgeführten Verordnung enthaltenen Entschädigungssätze für die Schiedsrichter in Krankenversicherungsstreitigkeiten. Diese Ansätze sind auch für die Schiedsrichter gemäss §§ 8 und 8 bis des EG zum IVG heranzuziehen 53).

53) Vgl. Anm. 38.

Die regierungsrätliche Verordnung enthält unter B 5. für diese Schiedsrichter ein Entschädigungsmodell, das auf der Kombination verschiedener Bemessungsprinzipien beruht 54). Die Bemessungsgrundsätze sind:

- Entschädigung nach äusseren Kriterien wie Anzahl von Sitzungen und Zeitaufwand des Schiedsrichters: OBJEKTIVE KRITERIEN;
- Entschädigung nach Kriterien, die sich in der Person des Schiedsrichters verwirklichen: KRITERIEN DER PERSON; und
- Entschädigung nach dem qualitativen Inhalt der Tätigkeit innerhalb des Schiedsgerichts: KRITERIEN DER QUALITÄT.

A) Objektive Kriterien: Gemäss Verordnung werden Obmann, Stellvertreter und Schiedsrichter mit Fr. 112.-- je Sitzung entschädigt. Dazu kann kumulativ eine Entschädigung nach Zeitaufwand für die Vorbereitung von Sitzungen und die Bemühungen eines Schiedsrichters für die Arbeit treten, die er innerhalb der schiedsrichterlichen Tätigkeit als Sachverständiger geleistet hat. Auch hierfür gelten die Höchstsätze von Fr. 112.-- für jede vorbereitete Sitzung bzw. für geleistete Bemühungen als Sachverständiger im Tag.

B) Kriterien der Person: Im weiteren stellt die Verordnung darauf ab, ob der amende gesetzliche Schiedsrichter Richter oder Gerichtsbeamter im Vollamt sei, oder ob die schiedsrichterliche Tätigkeit von einer Person ausgeübt werde, die bei Ausübung ihrer normal beruflichen Tätigkeit kein solches Amt innehat. Richter und Gerichtsbeamte im Vollamt werden als Schiedsrichter für Krankenversicherungsstreitigkeiten mit Fr. 84.-- je Sitzung entschädigt, was 75 % des Höchstsatzes je Sitzung entspricht.

C) Kriterien der Qualität: Schliesslich beruht das regierungsrätliche Entschädigungsmodell auf einem dritten Bemessungsgrundsatz, indem es zusätzlich eine Entschädigung nach den verschiedenen möglichen qualitativen

54) Verordnung des Regierungsrates vom 17. Juli 1974 zit. Anm. 51, B 5. S. 1301.

Inhalten von Tätigkeiten innerhalb des Schiedsgerichts vorsieht. So werden - wie unter A) ausgeführt "... nach Zeitaufwand" - die Vorbereitungsarbeiten für die Sitzungen und die Arbeit, die ein Schiedsrichter als Sachverständiger leistet, zusätzlich vergütet, womit gleichzeitig die Feststellung zu machen ist, dass der "Zeitaufwand" als objektives Kriterium stets in Verbindung mit einem Kriterium der Qualität zur Anwendung gelangt. Dabei sind gemäss Verordnungstext Richter und Gerichtsbeamte im Vollamt mit Bezug auf diese Separatentschädigung gleich zu behandeln wie die übrigen Schiedsrichter.

D) Kritische Würdigung:

a) Das Prinzip der Entschädigung nach objektiven Kriterien beruht auf festen Ausgangspunkten, und es lässt sich eine Erweiterung des Katalogs dieser objektiven Anknüpfungspunkte denken.

b) Auch der Bemessungsgrundsatz durch Differenzierungen nach Kriterien der Person eröffnet Möglichkeiten zum Ausbau des Modells. Dabei werden die vom Gesetzgeber in der regierungsrätlichen Verordnung vom 17. Juli 1974 unter B 5. vorgegebenen Unterscheidungsmerkmale von

- Schiedsrichtertätigkeit durch in öffentlichen Diensten Stehende und

- Schiedsrichtertätigkeit durch nicht öffentlich Bedienstete gültige und entwicklungsfähige Ausgangspunkte sein.

c) Durch die Beifügung des Bemessungsprinzips nach Kriterien der Qualität findet das regierungsrätliche Entschädigungsmodell seine Vervollständigung. Damit wird den verschiedenen möglichen qualitativen Inhalten von Tätigkeiten innerhalb des Schiedsgerichts, wie etwa "Ausübung reiner Richterfunktion" oder "Schiedsrichtertätigkeit mit spezifischer Sachkunde" usw., in billiger Weise Rechnung getragen.

d) Die obigen Erwägungen führen zu folgender Erkenntnis:

Die Entschädigungsgrundsätze der Verordnung des Regierungsrates vom 17. Juli 1974 B 5. erscheinen als durchaus geeignetes

Modell, um auf seiner Grundlage Bemessungskriterien für die Honorierung von Mitgliedern privater Schiedsgerichte zu erarbeiten.

3. Die Besoldung der sachverständigen Schiedsrichter gemäss Gesetz über Jagd- und Vogelschutz fällt in die Kompetenz der Gemeinden, die laut der Verordnung über die Festsetzung der Ersatzpflicht von Jagdpächtern für Wildschäden zur Wahl und Bestellung dieser gesetzlichen Schiedsrichter zuständig sind 55). Eine von Gemeinde zu Gemeinde sehr unterschiedliche Entschädigung dieser sachverständigen Schiedsrichter ist die Folge. Soweit ersichtlich gehen alle Gemeinden bei der Bemessung der Schiedsrichterentschädigung vom Zeitaufwand aus. Dabei scheinen jedoch nirgendsspezielle Entschädigungssätze für die sachverständigen Schiedsrichter des Jagd- und Vogelschutzes zu bestehen, sondern es werden analog die Ansätze der Gemeindebesoldungsverordnungen herangezogen. Eine analoge Anwendung kantonrechtlicher Entschädigungsbestimmungen für andere gesetzliche Schiedsrichter oder ähnliche Funktionen fällt ausser Betracht 56).

4. Ueber die Entschädigung der Schiedsrichter des Effektenbörsenvereins Zürich als gesetzliche Schiedsrichter bestehen, soweit ersichtlich, keine kantonrechtlichen Besoldungsvorschriften. Die Notwendigkeit zum Erlass solcher Entschädigungsvorschriften erübrigt sich denn auch, bestehen doch keinerlei Hinweise dafür, dass dieses gesetzliche Schiedsgericht seit seiner Schaffung in der Verordnung über die Beanspruchung der Kautionen von Vermittlern im Verkehr mit Wertpapieren im Jahre 1923 je geamtet hätte. Für den höchst unwahrscheinlichen Fall des Tätigwerdens dieses gesetzlichen Schiedsgerichts wären die

55) Zit. Anm. 46 § 2.

56) Diese Ergebnisse beruhen auf Erhebungen in den Gemeinden des Bezirks Zürich vom März 1978. Alle diese Gemeinden verneinen die Kompetenz des Kantons zur Honorierung der sachverständigen Schiedsrichter des Jagd- und Vogelschutzes. Es wurde jedoch die Meinung geäußert, der Kanton habe die Entschädigung der sachverständigen Schiedsrichter dort zu übernehmen, wo diese im Zusammenhang mit Entschädigungen aus dem kantonalen Wildschadenfond tätig geworden seien.

Entschädigungssätze der Verordnung des Regierungsrates über die Entschädigung der Mitglieder von Kommissionen und Behörden sowie von nebenamtlich ausgeübten Funktionen analog zu übernehmen 57).

5. Die Mitglieder der paritätischen Schlichtungsstelle für das Mietwesen werden gemäss § 5 der VO wie die Mietrichter entschädigt. Diese Bestimmung gilt analog auch dann, wenn die Schlichtungsstelle als Schiedsgericht angerufen ist und mithin die Besoldung gesetzlicher Schiedsrichter zur Frage steht. Der gültige Entschädigungssatz wird von der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich nach Massgabe von § 60 der Beamtenverordnung festgelegt.

§ 3 Die Autonomie der Parteien im Schiedsgerichtsprozess

I. Inhalt und Wirkungsbereich der Autonomie

Die Autonomie der Schiedsgerichtsparteien ist der beherrschende, grundlegende Wesenszug der privaten Schiedsgerichtsbarkeit. Ihre Wirkung ist vielschichtig und beschlägt in unterschiedlichem Ausmass alle Bereiche des Schiedsgerichtsprozesses. So liegt in der Einsetzung eines Schiedsgerichtes durch Parteiwillkür als vereinbarte Modifikation von Art und Weise der Geltendmachung des Klagerechtes die ursächlich autonome Handlung der Parteien, die der Austragung Ihres Rechtsstreites ein Prozessverfahren eröffnen wollen, das weitgehend der Parteifreiheit unterworfen ist. Diese vom Gesetzgeber als Ausfluss des übereinstimmenden Parteiwillens der Parteien zur Schiedsgerichtsbarkeit anerkannte und garantierte Parteifreiheit findet

- 57) Der seit 1965 amtierende Obmann des Schiedsgerichts des Effektenbörsenvereins Zürich, dessen stellvertretender Obmann er von 1957 - 1965 war, hat mit Schreiben vom 2. März 1978 darauf hingewiesen, dass das fragliche Schiedsgericht als vertragliches Schiedsgericht, soweit ersichtlich, das letzte Mal im Jahre 1917 geamtet habe. Diese Angabe wurde von der Geschäftsleitung des Effektenbörsenvereins Zürich bestätigt. Von der Inanspruchnahme des Schiedsgerichts des Effektenbörsenvereins Zürich als gesetzliches Schiedsgericht ist nichts bekannt.

zunächst in zwei voneinander inhaltlich und begrifflich unterscheidbaren Autonomiebegriffen ihren Ausdruck, nämlich in der

- Parteiautonomie als Kollisionsnorm zur Anknüpfung der zuständigen Rechtsordnung und im
- Prinzip der Privatautonomie im Schiedsgerichtsprozess 58).

Von Wichtigkeit ist im Schiedsgerichtsprozess die Frage nach der zuständigen Rechtsordnung und nach deren Anknüpfung. Das Problem ist sehr komplex, und die Lehrmeinungen sind bei der Suche nach Lösungen lange Zeit kontrovers geblieben, weshalb die Anerkennung der Parteiautonomie als Kollisionsnorm für die Rechtsanknüpfung im Schiedsgerichtsprozess sowie das Wesen und die Bedeutung des Sitzes des Schiedsgerichtes einer besonderen Darstellung bedürfen 59).

II. Das Prinzip der Privatautonomie im Schiedsgerichtsprozess

Der Grundsatz der privatautonomen Ausgestaltung des Schiedsgerichtsprozesses verwirklicht sich in vier, nach ihrem Inhalt zu unterscheidenden Autonomiebegriffen: In der

- Autonomie bei der Bestellung und Organisation des Schiedsgerichts, der
- Autonomie zur Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts, der
- Autonomie zur Bestimmung der Verfahrensordnung und der
- Autonomie zur Ausfüllung dispositiv gestalteten Verfahrensrechts im weiteren Sinne.

Die Verfahrensautonomie im Sinne von § 248 Abs. 1 Zürcher ZPO beschlägt nur das "Verfahren im engsten Sinne"; für die vorliegende Arbeit von unmittelbarer Wichtigkeit ist hingegen die Autonomie der Schiedsgerichtsparteien zur vereinbarlichen Gestaltung von Verfahrensnormen in einem weiteren Sinne, die der Gesetzgeber als nachgiebiges Recht gestaltet hat 60).

58) Vgl. Renggli S. 1; Wiget "Fragen der Verfahrensgestaltung" S. 367 ff.

59) Vgl. unten § 4.

60) Vgl. unten § 5.

1. Ausserhalb des Problemkreises der vorliegenden Arbeit liegt die Frage nach Umfang und Inhalt der Parteifreiheit bei der Bestellung und Organisation des Schiedsgerichtes. Dieser Umstand rechtfertigt einen lediglich kurzen Hinweis darauf, dass im zürcherischen Schiedsgericht Bestellung und Organisation grundsätzlich und in erster Linie der Parteivereinbarung unterliegen 61). Die diesbezüglichen gesetzlichen Einschränkungen sind nicht zahlreich. So ist der Parteivereinbarung die Möglichkeit entzogen, den Beizug eines Sekretärs durch das Schiedsgericht wegzubedingen 62), und eine Parteiabrede, wonach bei Unterlassen der Wahl eines Schiedsrichters durch eine Partei dieses Recht auf die andere übergehen soll, ist nichtig. In personeller Hinsicht setzt die Zürcher ZPO für die Wählbarkeit als Schiedsrichter Handlungsfähigkeit voraus 63), überlässt es aber gleichzeitig den Parteien, weitere Wählbarkeitskriterien zu schaffen.

2. Auf die Probleme der Autonomie zur Bestimmung des materiellen Rechts, namentlich auf die Fragen im Zusammenhang mit der Freizeichnung zum Billigkeitsentscheid sowie zum Vorbehalt zwingender Bestimmungen und der Schranke des *ordre public*, die der privatautonomen Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts

61) Vgl. unten 3. Kapitel, § 11 II., insbesondere: Anm. 85-108.

62) Vgl. im Gegensatz dazu: Konk. Art. 15, der für den Beizug eines Schiedsgerichtssekretärs durch das Schiedsgericht das Einverständnis der Schiedsgerichtsparteien verlangt; bezüglich des Beizugs eines Sekretärs, Aktuars, Protokollführers oder Schreibers vgl. im weiteren: Thurgau § 217 Ziff. 1; Uri § 251 Abs. 4; Zug § 122 Ziff. 2.

63) Vgl. zur Wählbarkeit: Appenzell A.Rh. Art. 269 Abs. 1: Handlungsfähige, in bürgerlichen Ehren und Rechten stehende Personen mit Wohnsitz in der Schweiz; Appenzell I.Rh. Art. 299 Abs. 4: Handlungsfähige, in bürgerlichen Ehren und Rechten stehende Schweizerbürger; Thurgau § 217 Ziff. 3: Volljährige, im Aktivstimmrecht stehende Männer; Uri § 250 Abs. 1: Natürliche Personen, die handlungsfähig sind; Zug § 122 Ziff. 3: Mündige Personen im Besitze der bürgerlichen Ehren und Rechte; vgl. im weiteren über Wählbarkeit, Wahlanfechtung, Ausschluss und Ablehnung unten 3. Kapitel § 10.

entgegenstehen, ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht einzutreten 64).

Von Wichtigkeit für die Schiedsgerichtsparteien ist die Beantwortung der Frage, ob der dem Schiedsrichter gestattete Billigkeitsentscheid nur von der Anwendung strengen Rechts entbinde oder ob er auch die Anwendung billigen Ermessens auf das Verfahrensrecht einschliesse. Eine Anwendung des Billigkeitsprinzips auf das Verfahrensrecht müsste für die Schiedsgerichtsparteien bedeuten, dass ihre Verfahrensautonomie zur Ausfüllung dispositiven Verfahrensrecht im weiteren Sinne durch das "Verfahrensermessen" der Schiedsrichter derogiert oder unterlaufen würde. Die Auffassung des Billigkeitsschiedsrichters nach zürcherischem Zivilprozessrecht lässt die Frage nach der Anwendung des Billigkeitsprinzips auch auf das Verfahrensrecht verneinen.

Der Unterschied zwischen Billigkeitsentscheid und Entscheid nach strengem Recht liegt in der billigen bzw. strengen Anwendung der dem Schiedsspruch zugrundeliegenden materiellen Rechtsnormen, nicht aber in der Anwendung dieser gegensätzlichen Grundsätze auf das Verfahrensrecht. Voraussetzung für den richtigen Rechtsentscheid wie den richtigen Billigkeitsentscheid ist die auf Grund geltender Verfahrensregeln erfolgte Sammlung von Tatsachenmaterial und der sich darauf gründenden Sachverhaltsklärung. Bei dieser Tatsachenermittlung und der Suche nach dem wirklichen Sachverhalt aber ist für das billige Ermessen des Schiedsrichters kein Raum. So lehnt Wiget die Ausdehnung des billigen Ermessens auf die Anwendung der Verfahrensregeln denn auch zurecht mit der Feststellung ab: "Im Bereich der Tatsachen gibt es nur Wahrheit oder Unwahrheit, nicht aber Billigkeit oder strenges Recht" 65).

64) Vgl. dazu: Pfister S. 52; von Heymann; zum Problem des Billigkeitsschiedsrichters vgl. Steinbrüchel; Landolt; Früh; Prot. EK S. 966/967 Voten Guldener und Messmer; zur Frage des anwendbaren Kollisionsrechtes: Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 253.

65) Vgl. Wiget "Fragen der Verfahrensgestaltung" S. 371/372 und dortige Zitate.

§ 4 Die Parteiautonomie als Kollisionsnorm zur Bestimmung der geltenden Rechtsordnung und ihre Verwirklichung in der freien Sitzeswahl

I. Objektive und subjektive Anknüpfung

1. Die objektive Anknüpfung der geltenden Rechtsordnung durch die Ausschlussungstheorie

Die Anknüpfung der geltenden Rechtsordnung hat in der Schiedsgerichtsbarkeit von jeher zu gewissen Schwierigkeiten geführt, die sich sowohl im interkantonalen wie namentlich auch im internationalen Schiedsgerichtswesen störend auswirkten. Eine ältere Doktrin erklärte, in Erkenntnis der Schiedsabrede als Ausschlussungsgrund für die Zuständigkeit des ordentlichen Richters und mithin als prozesshindernde Einrede, die geltende Rechtsordnung am Orte des ausgeschlossenen staatlichen Gerichts als massgeblich 66). Diese vor allem in Deutschland bekannte Lehre von der Ausschlussungstheorie 67) wurde für das Gebiet der Schweiz durch die in BGE 57 I 295 entwickelte Sitzestheorie abgelöst 68). Danach ist für die Anknüpfung der geltenden Rechtsordnung der Sitz des Schiedsgerichts massgeblich. Ihre Bedeutung hat die Ausschlussungstheorie jedoch insofern beibehalten bzw. zurückgewonnen, als sie gemäss Konkordat und Zürcher Schiedsrechtsauffassung bei Fehlen jeglicher Sitzbestimmung durch die Schiedsgerichtsparteien oder das Schiedsgericht die objektiven Anknüpfungskriterien für die Bezeichnung des Schiedsgerichtssitzes liefert 69).

66) Vgl. Guldener "ZPR" S. 576.

67) Vgl. dazu: Pfister S. 5; Renggli S. 27.

68) Die Ausschlussungstheorie wurde mit der Begründung abgelehnt, dass die Hauptwirkung der Schiedsabrede nicht im Ausschluss der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte (sogenannte negative Wirkung) liege, sondern in der Uebertragung der Urteilskompetenz auf ein Schiedsgericht (sogenannte positive Wirkung); diese positive Wirkung trete dort ein, wo das Schiedsgericht gemäss Schiedsvertrag sein Rechtsdomizil habe, und der Ausschluss der Kompetenz des staatlichen Richters bilde nur eine Folge dieser positiven Wirkung (BGE 57 I 295 Erwägung 3).

69) Konk. Art. 2 Abs. 2; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 445; ders. SJZ 72 S. 250; Sträuli/Messmer/Wiget N 5 zu § 248; nicht in diesem Sinn: Pfister S. 7; Sträuli/Hauser III vor § 359.

Das Ungenügen der Ausschliessungstheorie als objektive Regel für die unmittelbare Anknüpfung der geltenden Rechtsordnung wird hingegen dann offenbar, wenn die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsordnungen mehrerer, durch die Schiedsabrede ausgeschlossener, ordentlicherweise zuständiger, staatlicher Gerichte gegeben ist 70). Der Versuch, dieses Problem auf dem Wege der objektiven Anknüpfung zweifelsfrei zu lösen, musste scheitern, denn weder ist es in der Theorie gelungen, die dafür notwendigerweise als allgemein gültig anerkannten objektiven Anknüpfungskriterien zu finden, noch konnte diesbezüglich eine einheitliche Rechtsprechung zumal in verschiedenen Ländern erwartet werden 71).

2. Die subjektive Anknüpfung der geltenden Rechtsordnung durch den Parteiwillen als Kollisionsnorm

Die theoretischen Schwierigkeiten bei der objektiven Anknüpfung der geltenden Rechtsordnung und praktische Ueberlegungen haben der analogen Anwendung des aus dem internationalen Privatrecht entnommenen Prinzips der subjektiven Anknüpfung auch auf die Frage nach der das Schiedsgericht beherrschenden Rechtsordnung zum Durchbruch verholfen.

Unter subjektiver Anknüpfung ist das Recht von Parteien zu verstehen, die auf ihr Vertragsverhältnis grundsätzlich anwendbare Rechtsordnung autonom zu wählen. Durch sie wird der Parteiwille zur Kollisionsnorm, gewinnt die Parteiautonomie den Charakter des kollisionsrechtlich relevanten Tatbestandsmerkmals für die Anknüpfung der geltenden Rechtsordnung 72). An Einwänden gegen die Methode der subjektiven Anknüpfung fehlte es sowohl hinsichtlich des Grundsatzes wie mit Bezug auf dessen Anwendung in der Schiedsgerichtsbarkeit nicht 73). Der grundsätzliche Einwand wies namentlich darauf hin, dass eine Konstruktion, wonach die Rechtsordnung nicht den Parteiwillen sanktioniere, sondern der

70) Z.B. Rückforderungsklagen gemäss Art. 86 SchKG.

71) Renggli S. 30.

72) Vgl. Keller Band 2 S. 1; Vischer "Internationales Vertragsrecht" S. 21/22; Niederer S. 193; Walker S. 134.

73) Vgl. Vollenweider S. 35.

Parteiwille die Rechtsordnung bestimme, der er das Rechtsverhältnis zu unterstellen beliebe, jeder Rechtslogik entbehre: "Denn was die Parteien vereinbaren, ist rechtlich Luft, wenn nicht zuvor bereits eine Rechtsordnung massgebend ist, aus der solche Abreden rechtliche Wirksamkeit schöpfen können" 74). Diese Ansicht darf heute als überholt gelten, denn zurecht verweist die herrschende Meinung darauf, dass die Methode der subjektiven Anknüpfung ihre Rechtsgrundlage im Kollisionsrecht der *lex fori* finde. Der Private werde damit nicht zum Gesetzgeber, sondern er unterstehe dem Recht, nämlich dem Kollisionsrecht der *lex fori*, genau so wie bei der Anknüpfung an irgend ein anderes Tatbestandsmerkmal 75). Weniger schwerwiegend erscheint hingegen der rechtspolitische Einwand, der namentlich gegen die Anwendbarkeit der subjektiven Anknüpfung in der Schiedsgerichtsbarkeit erhoben wurde: Die Kollisionsnorm der Parteiautonomie fördere den Rechtsmissbrauch, indem sie es den Schiedsgerichtsparteien erlaube, sich unbequemen Rechtsordnungen zu entziehen und sich einem der Schiedsgerichtsbarkeit günstig gesinnten Recht zu unterwerfen 76). So lehnt Renggli denn auch die Ueberschätzung dieses rechtspolitischen Einwandes zurecht mit dem Hinweis ab, dass es sich bei der Zulässigkeit von Schiedsgerichten zur Entscheidung eines Rechtsstreites immer um eine materiellrechtliche Frage handle, die dem Parteiwillen entzogen bleibe 77). So hat sich die Anwendung der subjektiven Anknüpfung zur Bestimmung der geltenden Rechtsordnung trotz dieser Einwände auch in der Schiedsgerichtsbarkeit durchgesetzt. Die Parteiautonomie als Kollisionsnorm zur Anknüpfung der geltenden Rechtsordnung findet ihren Ausdruck sowohl in den neuesten schweizerischen Kodifikationen zur Schiedsgerichtsbarkeit,

74) Vgl. Lowald Nr. 261 und daselbst zit. K. Neumeyer; Schnitzer SJZ 35 S. 305 ff. und 326 ff.

75) Vgl. Vischer "Internationales Vertragsrecht" S. 23; Niederer S. 193; Keller S. 6; vgl. auch die abweichende Meinung von Schnitzer "Handbuch II" S. 629 f.

76) Vgl. Vollenweider S. 35; Arndt S. 48 f.

77) Vgl. Renggli S. 30.

dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 und der Zürcher ZPO vom 13. Juni 1976 78), wie in den zwei wohl bedeutensten Konventionen über das internationale Schiedsgerichtswesen, dem New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedsgerichte und der Europäischen Uebereinkunft vom 21. April 1961 79). Es darf denn auch festgestellt werden, dass die subjektive Anknüpfung durchaus dem grundlegenden Wesenszug der Schiedsgerichtsbarkeit Rechnung trägt, der Parteiautonomie weitesten Raum zu geben. So ist es ein legitimes Anliegen der Schiedsgerichtsparteien, den Rechtserfolg durch die Wahl der für die Schiedsgerichtsbarkeit möglichst geeigneten Rechtsordnung zu sichern.

II. Die Verwirklichung der Parteiautonomie als Kollisionsnorm in der freien Sitzeswahl

Die Sitzestheorie 80) unterstellt das Schiedsgericht der an seinem Sitze geltenden Rechtsordnung. Dabei ist dieser Sitz als Rechtsdomizil zu verstehen 81), als Ort, wo die Quelle der schiedsrichterlichen Hoheitsakte liegt 82). Er lässt sich somit nicht nach dem Ort zufälliger schiedsgerichtlicher Verhandlungen lokalisieren. In der gesetzlichen Garantie, diesen Sitz durch Parteivereinbarung frei bestimmen zu können, verwirklicht sich die Kollisionsnorm der Parteiautonomie. Dabei haben der Gesetzgeber im Kanton Zürich bei der Revision des Zivilprozessrechtes und die Autoren des Konkordates davon abgesehen, die freie Sitzeswahl durch das Erfordernis irgendwelcher zusätzlicher objektiver Kriterien, wie etwa einer bestimmten Binnenbeziehung

78) Vgl. Konk. Art. 2 Abs. 2; Zürcher ZPO § 248.

79) Vgl. Bertheau S. 6; vgl. zur Bedeutung der internationalen Abkommen sowie zu den Entwicklungstendenzen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: Schlosser "Entwicklung der intern. Schiedsgerichtsbarkeit".

80) Vgl. Anm. 68 oben.

81) Vgl. Guldener "ZPR" S. 577; Pfister S. 5.

82) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 248.

zum Kanton Zürich bzw. zum Gebiet der Konkordatskantone oder in der Schweiz allgemein, einzuschränken. In diesem Sinne hat auch das obergerichtliche Vernehmlassung zum Entwurf der Expertenkommission vom Mai 1968 betreffend die Revision der Zürcher Zivilprozessordnung in den Vorbemerkungen zum Abschnitt über die Schiedsgerichtsbarkeit solche Anregungen deutlich zurückgewiesen und dabei die Verpflichtung der Schweiz, und vor allem des Handelsplatzes Zürich, hervorgehoben, die guten Dienste ihrer Institutionen für internationale Schiedsgerichte zur Verfügung zu halten 83). Die subjektive Anknüpfung als zuverlässige Kollisionsnorm verwirklicht sich somit in der freien Sitzeswahl vollkommen, indem sich letztere als reine und direkte Rechtswahl darstellt 84), deren Gültigkeit weder sachlicher noch persönlicher Beziehungen zum Sitze noch der Bekräftigung der Sitzeswahl durch die Vornahme schiedsgerichtlicher Sitzungen am Sitze oder irgendwelcher anderer zusätzlicher, objektiver Kriterien bedarf. Eine bestimmte Form haben die Schiedsgerichtsparteien bei der Bestimmung des Sitzes nicht zu beobachten, und sie können dessen Wahl einem Dritten übertragen, wobei die Uebertragung an gerichtliche Behörden oder Schiedsgerichtsinstitutionen im Vordergrund steht 85). Frei sind die Schiedsgerichtsparteien sodann, den Sitz innerhalb der Schiedsabrede oder separat zu bestimmen, doch ist bei fehlender Sitzbestimmung durch Parteivereinbarung zunächst zu prüfen, ob durch Auslegung eine konkludente Sitzeswahl der Schiedsgerichtsparteien ermittelt werden kann 86), oder ob gemäss § 248 Zürcher ZPO die subsidiäre, nach freiem Ermessen vorzunehmende Sitzbestimmung durch das Schiedsgericht Platz greift. Ihre Schranken findet die freie Sitzeswahl durch die Schiedsgerichtsparteien oder das Schiedsgericht im Verbot des Rechtsmissbrauches und der bloss fiktiven Sitzbestimmung.

83) Vgl. Vernehmlassung des Obergerichts Zürich vom 26. März 1969 S. 19.

84) Vgl. auch die knappe Darstellung von Renggli S. 34, der ... im Grunde der Festlegung eines Sitzes nur als konkludentes Indiz für die Bestimmung der zuständigen Rechtsordnung ... betrachtet.

85) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 248.

86) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 3 zu § 248.

Äusserst selten dürfte in der Praxis der Fall eintreten, dass weder die Schiedsgerichtsparteien noch das Schiedsgericht die Bezeichnung des Sitzes vornehmen und dieser auch konkludent nicht ermittelt werden kann. In Anlehnung an die früher gültige Ausschlussstheorie hat das Konkordat für diesen Fall die geltende Rechtsordnung am Orte der durch die Schiedsabrede ausgeschlossenen staatlichen Gerichtsbarkeit für anwendbar erklärt. Wenn diese Problemlösung im neuen, das Zürcher Schiedsgericht betreffenden Schrifttum auch für sinnvoll und richtungsweisend betrachtet wird 87), so ist die Rechtsanknüpfung für den Fall, dass bei fehlender Sitzbestimmung in Anwendung des Ausschlussprinzips mehrere ordentlicherweise zuständige Gerichte zur Wahl stehen, doch uneinheitlich geblieben. In diesem letzten Zweifelsfall ist gegenüber der Lösung im Konkordat, welches das am Orte des in Anwendung von Art. 3 zuerst angerufenen Gerichtes geltende Recht für anwendbar erklärt 88), der These von Walder-Bohner der Vorzug zu geben, wonach die Rechtsordnung am Orte jenes ausgeschlossenen Gerichtes massgeblich sein soll, zu welchem das zu beurteilende Rechtsverhältnis nach international privatrechtlichen Gesichtspunkten die engste Beziehung aufweist 89).

III. Die Bedeutung des Sitzesrechtes

Die geltende Rechtsordnung am Sitze des Schiedsgerichtes kommt als Ganzes mit all ihren zwingenden Vorschriften und dispositiven Normen zur Anwendung. Einzelne Bestimmungen oder ganze Abschnitte dieser Rechtsordnung auszuschliessen, liegt angesichts des Verbotes der kollisionsrechtlichen Teilverweisung 90) im Rahmen der ausgeübten Parteiautonomie als Kollisionsnorm nicht in der Macht der Parteien.

87) Vgl. Walder-Bohner zit. Anm. 69; auch: Sträuli/Messmer/Wiget N 5 zu § 248.

88) Vgl. Konk. Art. 2 Abs. 3.

89) Vgl. Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 446; ders. SJZ 72 S.250; Sträuli/Messmer/Wiget N 3 zu § 248.

90) Vgl. Vischer "Internationales Vertragsrecht" S. 56.

Die Bedeutung des Sitzesrechtes liegt zunächst in der Organisation und Ordnung der durch die ordentlichen Gerichte am Schiedsgerichtssitz zu erbringenden Hilfstätigkeiten. So bezeichnet das Zürcher Schiedsrecht das Obergericht des Kantons Zürich als zuständig für:

- Behandlung von Rekursen gegen schiedsgerichtliche Kompetenzentscheide § 241,
- ergänzende Bestellung des Schiedsgerichts § 243,
- Ausstandssachen § 244,
- Disziplinaraufsicht § 245,
- Aufbewahrung von Akten und Entscheiden des Schiedsgerichts § 254,
- Behandlung von Nichtigkeitsbeschwerden § 255 sowie
- Ausstellung von Rechtskraftbescheinigungen § 257.

Das Bezirksgericht, in dessen Gerichtskreis das zürcherische Schiedsgericht seinen Sitz hat, ist demgegenüber zuständig für die Rechtshilfe im Sinne von § 241.

Ferner beurteilt sich nach Sitzesrecht:

- Die Gültigkeit der Schiedsabrede § 238,
- die Schiedsfähigkeit der beurteilten Sache § 238,
- das anwendbare Verfahrensrecht § 248,
- das anwendbare Kollisionsrecht § 253 und
- die Gültigkeit des Schiedsrichtervertrags § 245 91).

91) Vgl. Sträuli/Hauser II vor § 359; Sträuli/Messmer/Wiget N 1 vor § 238; Prot. KK S. 265/266 Votum Messmer.

IV. Sitzesrecht und Schiedsrichtervertrag

1. Der Schiedsrichtervertrag unter der Herrschaft des durch subjektive oder objektive Anknüpfung bestimmten Sitzesrechtes

Die Gültigkeit des Schiedsrichtervertrages und die rechtliche Qualität des Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter ganz allgemein beurteilen sich, wie die Gültigkeit der Schiedsabrede, nach Sitzesrecht. "Denn die Bestellung der Schiedsrichter ist ein Teil des Schiedsvertrages, und ihre Pflichten richten sich darum nach diesem" 92). Auf Grund der geltenden Schiedsrechtsordnung und der herrschenden Schiedsrechtsauffassung am Sitze wird dabei zunächst die überwiegend theoretische Streitfrage zu beantworten sein, ob das Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter immer durch einen eigentlichen Schiedsrichtervertrag als Figur des Vertragsrechtes ausgefüllt werde, oder ob es sich bei Fehlen eines eigentlichen Schiedsrichtervertrages um ein öffentlichrechtlich zu qualifizierendes oder um ein nichtvertragliches, privatrechtliches Rechtsverhältnis handle bzw. in welchem Ausmasse öffentliches Recht und privates Recht am Sitze gleichzeitig mit- oder nebeneinander auf dieses Rechtsverhältnis einwirken. Sodann richtet sich im internationalen Bereich die Typologisierung des eigentlichen Schiedsrichtervertrages, wie die Bestimmung der privatrechtlichen Normen, die bei Fehlen eines eigentlichen Schiedsrichtervertrages per analogiam auf das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter zur Anwendung gelangen, nach der geltenden Rechtsordnung am Sitze 93). Ueber Schiedsrecht und Vertragsrecht hinaus beherrscht jedoch die Gesamtheit der am Sitze geltenden Rechtsordnung die Gesamtheit aller Aspekte bei Begründung, Qualifizierung und Abwicklung des Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter.

92) Vgl. Baumbach/Schwab S. 90.

93) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 245; Sauser-Hall S. 565; Rüede/Hadenfeldt S. 148 II. 4.

2. Die Sitzbestimmung als mittelbare Rechtswahl der auf das Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter anwendbaren Rechtsordnung

Da durch die Sitzbestimmung mittelbar auch das auf den Schiedsrichtervertrag bzw. auf das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter überhaupt anwendbare Recht gewonnen wird, stellt sich die Frage, ob die Sitzeswahl im internationalen Bereich - wenn die Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter unterschiedliche Beziehungen zum In- und Ausland aufweisen, wie namentlich Wohnsitz in verschiedenen Ländern, unterschiedliche Staatsangehörigkeit und dergleichen - nicht zugleich eine konkludente Rechtswahl im Sinne kollisionsrechtlicher Verweisung darstelle. Es sei jedoch sogleich eingeräumt, dass diese Frage und ihre Untersuchung lediglich theoretischer Natur sind.

Da die gültige parteiautonome Bestimmung der geltenden Rechtsordnung im Sinne kollisionsrechtlicher Anknüpfung stets eines gültigen Verweisungsvertrages bedarf, ist als Voraussetzung für ihre Wirksamkeit das Vorliegen übereinstimmender Willensäusserungen der Parteien gemäss Art. 1 OR erforderlich. Wie jeder Vertrag kann aber auch der Verweisungsvertrag stillschweigend durch konkludentes Verhalten der Vertragsparteien geschlossen werden 94). Für die Annahme eines stillschweigend geschlossenen kollisionsrechtlichen Verweisungsvertrags muss das Bewusstsein der Parteien vorausgesetzt werden, diese vertragliche Abmachung mit ihren Wirkungen gewollt zu haben. Keller erblickt nun diese Voraussetzung dann als erfüllt, wenn beide Parteien den Willen haben, sich durch ihre Aeusserung zu binden, oder wenn doch jede Partei nach den Grundsätzen von Treu und Glauben annehmen durfte, die andere habe diese Aeusserung mit diesem Bewusstsein oder mit diesem Willen getan 95). Nun erfolgt die Sitzeswahl und damit die mittelbare Rechtswahl jedoch immer einseitig durch die Schiedsgerichtsparteien oder das von ihnen benannte Wahlorgan oder, im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen subsidiären Sitzbestimmung, durch das

94) Vgl. Moser S. 231; Keller S. 8.

95) Vgl. Keller S. 12.

Schiedsgericht selbst. Es wäre daher im konkreten Einzelfall stets durch Auslegung zu ermitteln, ob in der Annahme des Schiedsrichteramtes durch den Schiedsrichter nach vorgängiger Sitzbestimmung durch die Schiedsgerichtsparteien oder durch das von ihnen benannte Wahlorgan, bzw. ob bei subsidiärer Sitzbestimmung durch das Schiedsgericht selbst im unwidersprochenen Gewährenlassen seitens der Schiedsgerichtsparteien jeweils ein konkludentes Verhalten von Schiedsrichtern bzw. Schiedsgerichtsparteien im Sinne stillschweigender kollisionsrechtlicher Rechtswahl zu erblicken sei. Abgesehen vom jeweiligen Ergebnis solcher Auslegung darf jedoch festgestellt werden, dass die Sitzeswahl durch die Schiedsgerichtsparteien, das von Ihnen benannte Wahlorgan oder durch das Schiedsgericht selbst, mindestens im Effekt stets einer Rechtswahl im kollisionsrechtlichen Sinne gleichkommen wird.

3. Kollisionsrechtliche und materiellrechtliche Verweisung auf Grund des geltenden Kollisions- und Vertragsrechtes am Sitze

A) Das Sitzesrecht als *lex fori*

Die parteiautonome Sitzeswahl führt, wie dargestellt, zur Anknüpfung derjenigen Rechtsordnung, die mit der Gesamtheit ihres Normsystems auf die Gesamtheit der rechtlichen Aspekte des fraglichen Schiedsgerichts zur Anwendung gelangt. Damit beinhaltet das Sitzesrecht auch die Gesamtheit der für das Schiedsgericht massgeblichen Kollisionsnormen. Das Sitzesrecht wird zur *lex fori*, welche die Qualifikation der Tatbestandsmerkmale für die Entscheidung der Frage enthält, innerhalb welcher Grenzen und in welchem Rahmen die Kollisionsnorm der Parteiautonomie zugelassen ist. Diese Feststellung gilt sowohl bei der Suche nach der Kollisionsnorm zur Anknüpfung des durch das Schiedsgericht bei der Beurteilung des Schiedsstreites anwendbaren materiellen Rechts 96), wie auch bei der Frage nach der Zulässigkeit der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie von Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter mit Bezug auf das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen ihnen. Das Sitzesrecht als *lex fori*

96) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 253.

enthält die Antwort auf die Frage nach der Ermächtigung von Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter, ein ausländisches Recht zu bezeichnen, welches hinsichtlich ihres schuldrechtlichen Verhältnisses das Vertragsstatut darstellen soll. Es ist mithin das durch Sitzeswahl seitens der Schiedsgerichtsparteien, des von ihnen ermächtigten Wahlorgans oder seitens des Schiedsgerichts bezeichnete, bzw. bei Fehlen jeglicher Sitzbestimmung, durch objektive Anknüpfung gewonnene Sitzesrecht, welches die Möglichkeit eröffnet oder ausschliesst, die obligatorischen Aspekte des *receptum arbitri* seiner Herrschaft zu entziehen. Zu bejahen ist diese Parteiautonomie von Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung ihres obligatorischen Rechtsverhältnisses für alle Schiedsgerichte mit Sitz in Zürich oder einem beliebigen anderen Ort der Schweiz, denn die Gültigkeit der kollisionsrechtlichen Verweisung wurde von der Bundesgerichtsrechtssprechung seit jeher anerkannt. Abgesehen von etwaigen Fällen sinnloser, alberner oder sonst ungehöriger Rechtswahl anerkennt heute die überwiegende Auffassung jede kollisionsrechtliche Bezeichnung einer Rechtsordnung, für deren Wahl ein vernünftiges Interesse der Parteien spricht oder die in guten Treuen erfolgte 97). Der Verweisungsvertrag ist an keine Form gebunden, und er kann zu einem beliebigen Zeitpunkt während der Abwicklung des schuldrechtlichen Verhältnisses zwischen den Vertragsparteien geschlossen werden; so ist beispielsweise die Rechtswahl auch noch im Verlaufe des Prozesses um das schuldrechtliche Verhältnis möglich, und den Vertragsparteien steht die Möglichkeit offen, auch noch vor dem kantonalen Sachrichter auf ihr obligatorisches Rechtsverhältnis die gewünschte Rechtsordnung zur Anwendung zu bringen 98).

B) Das Sitzesrecht als *lex obligationis*

Bei Fehlen kollisionsrechtlicher Wahl des auf die obligatorischen Aspekte des *receptum arbitri* anwendbaren Rechts umschreibt das Sitzesrecht als *lex obligationis* den Rahmen der Dispositi-

97) Vgl. Keller S. 20 und 24 ff.; Vischer "Internationales Vertragsrecht" S. 51 ff.; Niederer S. 196.

98) Keller S. 8/9.

onsfreiheit, innerhalb welcher Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter ihr Rechtsverhältnis gestalten können. Diese Dispositionsfreiheit kann von den Parteien durch privatautonome individuelle Abmachungen ausgefüllt werden, eröffnet ihnen unter primärer Geltung des Sitzesrechtes jedoch auch die Möglichkeit, durch sogenannte materiellrechtliche Verweisung, Bestimmungen eines fremden Rechts zum Vertragsinhalt, zur *lex contractus*, zu erheben 99). Von der kollisionsrechtlichen ist diese materiellrechtliche Verweisung qualitativ verschieden: Während der kollisionsrechtliche Parteiwille ein fremdes Recht mit Einschluss der zwingenden Bestimmungen auf den Vertrag zur Anwendung bringt, will der materiellrechtliche Parteiwille lediglich den Vertrag ergänzen, will den Vertragsinhalt unter der Herrschaft der *lex obligationis* durch Bezeichnung fremden Rechtes gestalten. Im Gegensatz zur kollisionsrechtlichen führt die materiellrechtliche Verweisung nicht zur Gesetzeskollision, denn die Frage, welches Recht zuständig sei, stellt sich gar nicht 100). Die Entscheidung, welche Art von Verweisung im konkreten Fall vorliegt, mag bisweilen schwierig sein und ist im Einzelfall durch Auslegung zu treffen.

§ 5 Die Verfahrensautonomie und die Autonomie zur Gestaltung von Sicherstellung und Verlegung der Schiedsgerichtskosten

I. Die Verfahrensautonomie

In der Verwirklichung der privaten Gerichtsbarkeit durch die Zulassung von vertraglichen Schiedsgerichten liegt die vom staatlichen Gesetzgeber gewährleistete Befugnis der Schiedsgerichtsparteien, auf dem Wege der Parteivereinbarung die Schiedsgerichtsorgane und das Schiedsgerichtsverfahren rechtswirksam zu bestimmen 101). In diesem Entscheid des Gesetzgebers, die

99) Vgl. Niederer S. 192/193; Vischer "Internationales Vertragsrecht" S. 21; Keller S. 1.

100) Vgl. Niederer S. 192.

101) Vgl. Schuppisser S. 30.

Freiheit über die Richtigkeit zwingender Ordnungen zu stellen 102), wird denn auch die Verkörperung eines Wesensmerkmals der Schiedsgerichtsbarkeit erblickt, eines Grundzugs, der für die Institution von grundlegender Bedeutung ist 103). Die Wichtigkeit der Verfahrensautonomie wird auch im Umstand deutlich, dass bei internationalen Schiedsgerichten die freie Wahl des Verfahrens durch die Schiedsgerichtsparteien verschiedentlich als "unechte Verweisung" betrachtet wird, indem das gewählte Verfahren als Anknüpfungspunkt für die das Schiedsgericht beherrschende Rechtsordnung herangezogen wird 104). Neben dem grundlegenden Entscheid des Gesetzgebers zur Parteifreiheit in Verfahrenssachen findet die Verfahrensautonomie von Schiedsgerichtsparteien ihre Legitimation auch darin, dass sie richtigere, dem Einzelfall und der Eigenart des vorliegenden Rechtsstreites besser angepasste Lösungen ermögliche als das subsidiär geltende Verfahren des Prozessgesetzes am Sitze des Schiedsgerichts 105), dass sie es dem Schiedsgericht erlaube, "... von Fall zu Fall das Vernünftige vorzukehren" 106). Wesentlichkeit und Grundsätzlichkeit der Verfahrensautonomie haben ihren Niederschlag nicht allein in Schiedsrecht und

102) Vgl. Wiget "Fragen der Verfahrensgestaltung" S. 375.

103) Vgl. Fritzsche "Internationales Jahrbuch II" S. 58.

104) Vgl. Walker S. 35.

105) Vgl. Vischer "Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz" S. 115; nicht alle Prozessbestimmungen des Sitzesrechtes kommen subsidiär sinngemäss zur Anwendung, sondern lediglich die zivilprozessrechtlichen Grundsätze, welche das Prozessrecht am Sitze kennzeichnen und die Stellung der Prozessparteien im gerichtlichen Verfahren bestimmen; dazu: Wiget "Fragen der Verfahrensgestaltung" S. 385; gemäss Art. 24 Abs. 2 Konk. kommt bei Schweigen der Verfahrensordnung und mangels Parteiabrede nicht das Prozessrecht am Sitze, sondern das Bundeszivilprozessrecht subsidiär zur Anwendung: BG über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 und BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943.

106) Prot. EK S. 963, Votum Messmer.

Schiedsrechtsliteratur des In- und Auslandes gefunden 107), sondern der Privatautonomie in Verfahrenssachen ist vor allem auch im Hinblick auf die Internationalisierung der Handelschiedsgerichtsbarkeit, sowie der Bedeutung der Privatautonomie in wichtigen internationalen Abkommen, denen die Schweiz beigetreten ist, höchste Beachtung zu schenken 108).

Die Parteivereinbarung betreffend das schiedsgerichtliche Verfahren ist formlos gültig; sie kann vorprozessual oder während des Verfahrens getroffen werden und sich auf die Wahl einzelner Verfahrensbestimmungen beschränken oder ganze Verfahrensordnungen umfassen, wobei sowohl private wie fremde gesetzliche Ordnungen in Betracht kommen. Dabei ist den Parteien in der Verfahrensbestimmung grösste Freiheit einzuräumen, und es ist im Zweifel Gültigkeit der gewählten Verfahrensvorschriften anzunehmen, denn die Verfahrensautonomie findet - auch wenn sie über die legitimen Interessen der Parteien hinaus in Anspruch genommen wird, die Grundsätze eines geordneten Verfahrens jedoch gewahrt bleiben 109) - ihre inhaltlichen Schranken in den zwingenden Bestimmungen am Sitze des Schiedsgerichts 110).

Die wichtigsten zwingenden Grundsätze des Schiedsgerichtsrechtes von Zürich sind:

- Gleichbehandlung der Parteien und Gewährung des rechtlichen Gehörs § 249 Abs. 1 und Abs. 2,
- Protokollierungspflicht nach den Vorschriften, die für die ordentlichen Gerichte gelten § 250,

107) Vgl. dazu die Bestimmungen in den Zivilprozessordnungen von: Aargau § 362; Appenzell A.Rh. Art. 270 Abs. 1; Appenzell I.Rh. Art. 301 Abs. 1; Glarus Art. 354; Luzern § 370; Thurgau § 216; Uri § 251; Zug § 123; Zürich § 248; Konk. Art. 24 und DZPO § 1034; Leuch N 1 zu Art. 387; Guldener "ZPR" S. 586; Hinderling BJM 1972 S. 109; Stein/Jonas/Schlosser III. 2. zu § 1034.

108) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 7 zu § 248.

109) Vgl. Wiget "Fragen der Verfahrensgestaltung" S. 382; Sträuli/Messmer/Wiget N 7 zu § 248.

110) Vgl. Kummer "Grundriss des Zivilprozessrechts" S. 46; Leuch N 1 zu Art. 387; zwingende Bestimmungen im Zürcher Schiedsrecht sind §§ 249 - 254 ; bezüglich Konkordat vgl. Konk. Art. 1 Abs. 3.

- das Verbot der Abnahme von Eiden und Verhängung von Strafen durch das Schiedsgericht § 251,
- Fällung des Endurteils durch einfaches Stimmenmehr § 252,
- Schriftform des Urteils, zumindest in Form eines vollständigen Dispositivs § 254.

Begrifflich erstreckt sich die Verfahrensautonomie der Schiedsgerichtsparteien auf "das Verfahren im engsten Sinne" 111). Ausserhalb dieses Verfahrensbegriffes liegen die Vorschriften über:

- Bestellung und Konstituierung des Schiedsgerichtes, Wählbarkeit und Wahl der Schiedsrichter,
- Ausstand und Ablehnung des Schiedsrichters und des Schiedsgerichtssekretärs,
- Kompetenzkompetenz des Schiedsgerichtes und Zuständigkeit des Obergerichtes zur Behandlung von Rekursen gegen Zuständigkeitserklärungen, sowie die Pflicht des Schiedsgerichts, sofort über seine Zuständigkeit zu entscheiden,
- Zulässigkeit von Klagebegehren mit Bezug auf ihre formgerechte Formulierung und
- Sicherstellung der Schiedsgerichtskosten 112).

II. Die Autonomie zur Gestaltung der Sicherstellung der Schiedsgerichtskosten

Ausserhalb des Verfahrens im engsten Sinne stehen die Sonderregeln, die in § 247 der ZPO von Zürich für die Kautonierung der Schiedsgerichtskosten aufgestellt sind. Innerhalb der Gruppe von Verfahrenskomplexen, die - wie oben unter I. ausgeführt - nicht der Verfahrensautonomie unterliegen, stellen sie jedoch eine Ausnahme dar, denn ihre Ausgestaltung als nachgiebiges Recht räumt den Schiedsgerichtsparteien ohne weiteres die Mög-

111) Vgl. Walder-Bohner SJZ 72 S. 250; Wiget "Fragen der Verfahrensgestaltung" S. 387.

112) Zu den ausserhalb des Verfahrens im engsten Sinne stehenden Verfahrensbestimmungen vgl.: Wiget "Fragen der Verfahrensgestaltung" S. 367 ff.; Sträuli/Messmer/Wiget N 7 zu § 248.

lichkeit ein, die Frage der Sicherstellung der Schiedsgerichtskosten auf dem Wege des Rechtsgeschäftes abweichend von den gesetzlichen Vorschriften zu regeln 113). Diese Autonomie der Schiedsgerichtsparteien zur Vereinbarung abweichender Kautionsregeln ist denn auch das deutlichste Kennzeichen für die unterschiedliche rechtliche Natur der Sicherstellung von Schiedsgerichtskosten und den Kautionsregeln von § 73 ZPO, welche jeder abweichenden Gestaltung durch Vereinbarung von Prozessparteien entzogen bleiben. Im Weiteren steht mit Bezug auf Kautionsauflage gemäss § 247 ZPO nicht der Kläger, Widerkläger oder jene Partei im Vordergrund, die ein Rechtsmittel ergriffen hat, wie gemäss § 73 ZPO - solche Einseitigkeit bei der Kautionsauflage würde im übrigen einen klaren Verstoss gegen das Gleichbehandlungsprinzip im Schiedsgerichtsprozess gemäss § 249 Abs. 1 darstellen - und im Gegensatz zu § 73 Ziff. 1 bis 5 ist im Schiedsgerichtsverfahren die einzige Voraussetzung für die Kautionspflicht im Recht der Schiedsrichter zu erblicken, die Aufnahme ihrer schiedsrichterlichen Tätigkeit von einer entsprechenden Sicherstellung der Prozesskosten abhängig zu machen.

Die abweichende Gestaltung der Sicherstellung von Schiedsgerichtskosten lässt sich auf drei verschiedenen Ebenen verwirklichen:

- Auf dem Wege der Parteivereinbarung in der Schiedsabrede,
- auf dem Wege der Parteivereinbarung während des schiedsgerichtlichen Verfahrens und
- auf dem Wege der Vereinbarung von Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichtern im Schiedsrichtervertrag.

Die Vereinbarung abweichender Sicherstellungsvorschriften in der Schiedsabrede erlangt durch Mandatsannahme Verbind-

113) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 3 zu § 247; bei abweichender Ordnung der Kautionsvorschriften ist jedoch stets das im Schiedsgerichtsprozess geltende Prinzip der Gleichstellung der Schiedsgerichtsparteien zu beachten; - dazu: Wiget SJZ 73, S. 106; bezüglich Kautionsvorschriften vgl. im übrigen die Zivilprozessordnungen von: Appenzell A.Rh. Art. 271 Abs. 1; Appenzell I.Rh. Art. 309; Thurgau § 222; Zug § 123 Ziff. 7 und Konk. Art. 30.

lichkeit für die Schiedsrichter. Der ausdrücklichen Zustimmung der Schiedsrichter bedürfen hingegen solche Vereinbarungen, wenn sie von den Schiedsgerichtsparteien erst im Laufe des Verfahrens geschlossen werden.

Inhaltlich ist den Schiedsgerichtsparteien, respektive Ihnen und den Schiedsrichtern, bei der autonomen Gestaltung von Sicherstellungsvorschriften die grosse und umfassende Freiheit zuzubilligen, wie sie auch die Verfahrensautonomie kennzeichnet. So dürften für die Schiedsgerichtsparteien namentlich Vereinbarungen über Höhe oder Verzicht auf Kautionsleistung von Interesse sein, stellt es § 247 ZPO doch ins Belieben der Schiedsrichter, ihre schiedsrichterliche Tätigkeit von Kautionsleistungen abhängig zu machen, deren Höhe für die Schiedsgerichtsparteien mangels gesetzlicher Bemessungsgrundlagen im voraus kaum errechenbar und bei Auferlegung nur sehr schwer auf ihre Angemessenheit überprüfbar ist. Zudem werden bei vereinbarten Kautionsregeln die abweichende Ordnung der prozessualen Folgen des Nichtleistens auferlegter Kautionen, sowie des Regresses der die ganze Sicherstellung leistenden Partei auf die Gegenpartei im Vordergrund stehen. Jede Vereinbarung der Sicherstellung von Schiedsgerichtskosten wird inhaltlich ihre Grenzen jedoch stets in der gebotenen Wahrung des Prinzips finden, dass dadurch der unvernünftigen Prozesspartei der Rechtsweg nicht verschlossen werden darf 114).

III. Die Autonomie zur Gestaltung der Kostenverlegung

1. Das Prinzip der privatautonomen Gestaltung der Kostenverlegung im allgemeinen

Bestimmungen über Kosten- und Entschädigungsfolgen gesetzlicher Verfahren stellen materielles Recht dar, dessen Kodifizierung wegen seiner nahen Beziehung zum Prozessrecht - jedoch immer unter dem Vorbehalt der Geltung abweichenden Bundesrechts - Sache des kantonalen Gesetzgebers ist. Die entsprechenden Normen

114) Vgl. Wiget "Fragen der Verfahrensgestaltung" S. 369.

tragen weder die rechtliche Natur einer Strafe noch einer Schadenersatzpflicht wegen Verschuldens einer Partei, sondern sie statuieren die objektive Tatsache des Verhältnisses von Obsiegen und Unterliegen im Prozess als grundsätzlichen Ausgangspunkt zur Ermittlung des Kostenverteilungsschlüssels, mithin also des Ausmasses der Haftung der Parteien für die Gerichtskosten 115). Die Frage, ob solche prozessrechtliche Vorschriften über die Kostentragung zwingenden Charakters sind oder zur Disposition der Parteien stehen, wird von der Zivilprozessordnung Zürichs für den Fall der vergleichswisen Prozess erledigung dahin beantwortet, dass dort mangels abweichender Parteivereinbarung die Kosten "in der Regel" den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen seien 116). Dass der Gesetzgeber das Prinzip der privatautonomen Gestaltung der Kostenverlegung im Zusammenhang mit der Prozess erledigung durch Vergleich statuiert hat, trägt zweifellos dem Umstand Rechnung, dass gerade die vereinbarliche Regelung von Kosten- und Entschädigungsfolgen im Prozessvergleich von ausschlaggebender Bedeutung ist, während sich Prozessparteien zu Beginn eines Rechtsstreites oder im Verlaufe eines streitig gebliebenen Verfahrens im Hinblick auf die Prozess erledigung durch richterlichen Urteilspruch kaum je auf eine vom Ausgang des Prozesses völlig losgelöste Kostentragung einigen dürften. Diese praktischen Ueberlegungen hindern jedoch nicht die Ausdehnung des Prinzips der privatautonomen Gestaltung der Kostenverlegung über den vom Gesetz genannten Anwendungsfall des Prozessvergleiches hinaus auf den Zivilprozess im allgemeinen, ungeachtet der Art seiner Erledigung, die im Resultat bezüglich der Qualität der gerichtlichen Entscheide als rechtskräftige, vollstreckbare Titel ohnehin keine Unterschiede zeitigt. Da durch die vereinbarliche Ge-

115) Vgl. Sträuli/Messmer N 1 und 6 zu § 64; für das deutsche Recht: Stein/Jonas II. 1. vor § 91, I. und I. 1. zu § 91.

116) § 65 Abs. 2 Zürcher ZPO; für das deutsche Recht: Stein/Jonas VI. 1. lit. c) zu § 91; gemäss § 99 Nr. 2 GKG haftet der Staatskasse gegenüber für Gerichtskosten derjenige, welcher diese Kosten durch eine vor Gericht abgegebene oder dem Gericht mitgeteilte Erklärung übernommen hat; eine aussergerichtliche Erklärung dem Prozessgegner gegenüber genügt nicht.

gestaltung der Kostentragung eine von den materiellen Voraussetzungen des § 64 der Zürcher ZPO unabhängige Aufteilung der Haftung für die Gerichtskosten unter den Prozessparteien vorgenommen werden kann, erhebt sich allerdings die Frage, ob solche Vereinbarungen unter jedem Aspekt verbindlich sind für das Gericht. Das legitime Schutzinteresse des Staates vor Vereinbarungen zum Nachteil der Gerichtskasse hat seinen Niederschlag denn auch in einer Gesetzesnorm gefunden, die solche Parteiabmachungen als für das Gericht unverbindlich erklärt 117). Dabei fordert die Anerkennung des Prinzips der privatautonomen Gestaltung der Kostentragung jedoch, dass das Gericht den Prozessparteien nicht leichthin die Absicht der Benachteiligung der Gerichtskasse unterstellen darf 118).

2. Die privatautonome Gestaltung der Kostenverlegung im Schiedsgerichtsprozess

Von weit grösserer Bedeutung als im ordentlichen Prozess ist die privatautonome Gestaltung der Kostenverlegung im Schiedsgerichtsprozess, obwohl sich dieses Prinzip wegen seiner Geltung für den gesamten Bereich des Zivilprozesses nicht als typische, allein aus der begriffswesentlichen Privatautonomie der Schiedsgerichtsparteien fliessende Erscheinung der Parteifreiheit im Schiedsverfahren darstellt. Die Gründe für die Bedeutung und Wichtigkeit dieses Grundsatzes im Schiedsgerichtsprozess liegen zunächst im Bestreben der Parteien, einen weniger streitigen, freundschaftlicheren Prozess zu führen und dementsprechend durch Vereinbarung von gleichmässigeren Kostenregeln die Anwendung der sehr strikten gesetzlichen Ordnung zu vermeiden. Sodann kommt dem Kostenrisiko im Schiedsgerichtsprozess durch den unterschiedlichen Inhalt der Kostenbegriffe des ordentlichen Prozesses und des Schiedsverfahrens 119) ein weit höherer Stellenwert zu als in Verfahren vor staatlichen Gerichten, was

117) § 65 Abs. 2 Satz 2 Zürcher ZPO.

118) Vgl. Sträuli/Messmer N 5 zu § 65.

119) Vgl. unten 2. Kapitel § 6 II. und III.

zweifellos den Wunsch der Schiedsgerichtsparteien, dieses Risiko durch eine vereinbarliche Kostenregelung zu mildern oder gar zu beseitigen, fördert.

Im Schiedsgerichtsprozess richtet sich die Kostenverlegung in erster Linie nach Parteiabrede 120). Dabei dürfte die Kostenverteilung nach Massgabe des Unterliegens im Prozess, was auf die Anwendung der gesetzlichen Ordnung hinausliefe, nicht die Regel bilden 121). Die Frage des Missbrauchs der privatautonomen Gestaltung der Kostenverlegung zulasten der Schiedsrichter stellt sich im Schiedsgerichtsprozess kaum, da die Schiedsgerichtsparteien den Schiedsrichtern für die Prozesskosten solidarisch haften und die Möglichkeit besteht, die Deckung dieser Kosten durch ausreichende Kautions zu Beginn oder angemessene Nachkautions im Verlaufe des Schiedsgerichtsprozesses zu sichern 122).

120) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 247; Treyer S. 72; Leuch N 1 zu Art. 388; im deutschen Recht: Stein/Jonas/Schlosser VIII. und VIII. 1. zu § 1042.

121) Vgl. Sulzer "Das Schiedsgericht in Geschäfts- und Organisationsbeziehungen" S. 35.

122) Vgl. unten 3. Kapitel und 4. Kapitel.

2. Kapitel: NATUR UND INHALT DER SCHIEDSGERICHTSKOSTEN

§ 6 Kostenverlegungskompetenz und Kostenbegriff im vertraglichen Schiedsgericht

I. Die Kostenverlegungskompetenz des Schiedsgerichts

Im Schiedsgerichtsprozess ist für den Entscheid über die definitive Kostentragungspflicht mangels Parteiabrede das Schiedsgericht zuständig 1). An das Fehlen einer ausdrücklichen Kompetenzerteilung durch die Schiedsgerichtsparteien in der Schiedsabrede ist in aller Regel die Vermutung zu knüpfen, dass die urteilsmässige Festlegung der Kostentragung durch die Schiedsrichter in der Absicht der Schiedsgerichtsparteien liege 2). Mit Bezug auf die Form des Kostenspruches steht es den Schiedsrichtern frei, diesen im Rahmen des Schiedsgerichtserkenntnisses oder als separaten Entscheid zu fällen 3). Die Regeln, die das Schiedsgericht mangels Parteiabrede seinem Kostenentscheid zugrunde zu legen hat, sind dem das Schiedsgericht beherrschenden Sitzesrecht zu entnehmen, mithin also dem subsidiär zur Anwendung gelangenden Prozessgesetz am Sitze des Schiedsgerichts 4).

-
- 1) Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 247; Guldener "ZPR" S. 588; Treyer s. 73; Schuppisser S. 85; für das deutsche Recht: Stein/Jonas/Schlosser VIII. 1. zu § 1042 DZPO.
 - 2) Vgl. Maier S. 167; für das deutsche Recht: Stein/Jonas/Schlosser VIII. 1. zu § 1042 DZPO.
 - 3) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 247.
 - 4) Die Vorschriften über die Kostenverlegung, §§ 64 ff. Zürcher ZPO, müssen zu den Grundsätzen des zürcherischen Zivilprozessrechts gezählt werden und gelangen daher subsidiär zur Anwendung, falls ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich in seinem Verfahrensreglement keine eigene Regelung der Kostenverlegung aufweist; vgl. dazu im deutschen Recht aber: Stein/Jonas/Schlosser VIII. 1. zu § 1042 DZPO, der diesfalls für den Regelfall keine Bindung des Schiedsgerichts an die Vorschriften von § 91 ff. DZPO für ein Schiedsgericht mit Sitz in Deutschland annimmt.

II. Der Kostenbegriff im ordentlichen Prozess

Die Gesamtheit der aus einem Gerichtsverfahren erwachsenden Prozesskosten lässt sich dem Inhalte nach in zwei Begriffen unterscheiden:

- den Parteikosten und
- den Gerichtskosten.

1. Die Parteikosten setzen sich zusammen aus den Aufwendungen, die eine Partei im Hinblick auf die Führung des Prozesses zu erbringen hat, wie:

- Reisekosten an den Verhandlungsort,
- verschiedenartige Spesen im Zusammenhang mit der Prozessführung und namentlich
- die regelmässig beträchtlichen Auslagen für einen allfällig beigezogenen Prozessvertreter 5).

Zu all diesen Kosten tritt für die unterliegende Partei die Kostenerstattungspflicht an die Gegenpartei, denn gemäss § 68 Abs. 1 Zürcher ZPO ist der Verlierer des Prozesses vom Gericht vermöge seines Unterliegens mit einer Prozessentschädigung an den Prozessgegner zu beschweren 6).

2. Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus

- der Gerichtsgebühr und dem Auslagenersatz, z.B. Schreibgebühren, Zustellgebühren, Porti, Telefonspesen usw. einerseits sowie
- den Kosten für Beweiserhebungen, z.B. Zeugenentschädigungen, Expertisenkosten usw. andererseits 7).

5) Vgl. Guldener "ZPR" S. 375; Walder-Böhner "Zürcher ZPO" S. 371/372; für das deutsche Recht: Stein/Jonas I. vor § 91 DZPO.

6) Vgl. Guldener "ZPR" S. 378; Walder-Böhner "Zürcher ZPO" S. 373; für das deutsche Recht: Stein/Jonas II.2. vor § 91 und VI. und VI. 1. zu § 91 DZPO.

7) Vgl. Leuch N 1 zu Art. 387.

Die Gerichtsgebühr stellt eine öffentliche Abgabe dar, welche vom Staat für die Inanspruchnahme der staatlichen Gerichtsbarkeit und als Entgelt für das Tätigwerden derselben erhoben wird 8).

III. Der Kostenbegriff im Schiedsgerichtsprozess

Die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses lassen sich ebenfalls

- als Parteikosten und
- als Schiedsgerichtskosten

unterscheiden.

1. Die Parteikosten im Schiedsgerichtsprozess erfahren bezüglich ihrer Zusammensetzung keine Abweichungen gegenüber dem ordentlichen Prozess, doch ergeben sich mit Bezug auf Prozessvertretung und Prozessentschädigung gewisse Unterschiede zur Regelung im ordentlichen Prozess 9).

2. Die Schiedsgerichtskosten und die Gerichtskosten im ordentlichen Prozess weisen zum Teil begrifflich und inhaltlich grundsätzliche Unterschiede auf.

A) Der Begriff für Barauslagenersatz der Kosten von Beweiserhebungen deckt sich dem Grundsatz nach in Schiedsgerichtsprozess und ordentlichem Prozess. Eine wesentliche Abweichung ergibt sich für den Schiedsgerichtsprozess jedoch im Zusammenhang mit der Sicherstellung solcher Barauslagen 10).

B) Auch der Ersatz von Auslagen im übrigen Sinne erfolgt im Schiedsgerichtsprozess nach dem gleichen Grundsatz wie im ordentlichen Verfahren. Auslagen solcher Art können im Schieds-

8) Vgl. Guldener "ZPR" S. 375; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 371; für das deutsche Recht: Stein/Jonas VI. und VI.1. vor § 91 DZPO.

9) Siehe unten § 7.

10) Siehe unten § 8.

verfahren jedoch eine wesentliche Erweiterung erfahren durch das Honorar des Schiedsgerichtssekretärs, das - wird dieser vom Schiedsgericht beigezogen - seitens der Schiedsgerichtsparteien im Rahmen des Auslagenersatzes zu vergüten ist 11).

C) Die Schiedsgebühr des Schiedsgerichtsprozesses stellt keine öffentliche Abgabe dar wie die Gerichtsgebühr des ordentlichen Prozesses. Wohl verleiht der Gesetzgeber den Schiedsgerichten die öffentlichrechtliche Kompetenz, rechtskräftige und vollstreckbare Urteile zu fällen 12), doch steht es dem Schiedsgericht als Privatgericht nicht auch zu, Abgaben öffentlichrechtlicher Natur zu dekretieren 13). Inhaltlich stellt die Schiedsgebühr wie die ordentliche Gerichtsgebühr ein Entgelt für das Tätigwerden des Gerichts dar. Im Gegensatz zur Gerichtsgebühr, die vom Staat nicht nach dem Grundsatz der Kostendeckung erhoben wird, enthält die Schiedsgebühr aber die vollen Honorare der Mitglieder des Schiedsgerichtes 14).

§ 7 Prozessvertretung und Prozessentschädigung im Schiedsgerichtsprozess

I. Prinzip und Ausschluss der Prozessvertretung im ordentlichen Prozess und im Schiedsgerichtsprozess

1. Das Prinzip des Parteiprozesses, das in Zürich wie überall in der Schweiz gilt, lässt jeder prozessfähigen Partei die Freiheit, ihren Prozess allein zu führen 15). Gleichzeitig fliesst aus der Prozessfähigkeit einer Partei auch die

11) Siehe unten 3. Kapitel §§ 9 - 14.

12) Siehe oben § 1.I.

13) Vgl. Maier S. 165.

14) Siehe unten 3. Kapitel §§ 9 - 14.

15) Vgl. Guldener "ZPR" S.119; Leuch N 1 zu Art. 83; vgl. im weiteren dazu das Prinzip des Anwaltsprozesses in Deutschland gemäss § 78 DZPO.

Berechtigung, sich zur Führung des Prozesses eines Rechtsvertreters zu bedienen 16). Beide Prinzipien finden Anwendung - §§ 31 bis 33 der Zürcher Zivilprozessordnung vorbehalten - sowohl auf Prozesse vor ordentlichen Gerichten, wie auf den Schiedsgerichtsprozess. Ob als Rechtsvertreter zwingend ein Anwalt beigezogen werden muss, beurteilt sich für beide Formen der Jurisdiktion nach den Vorschriften des geltenden Anwaltsgesetzes 17), denn: "Das Anwaltsmonopol dürfte im Schiedsgerichtsprozess nur insoweit gelten, als der staatliche Richter in einem, dem Anwaltsmonopol unterstellten Verfahren angerufen wird" 18). Legitimation und Befähigung von Partei und Rechtsvertreter zur Prozessführung sind vom ordentlichen Gericht wie vom Schiedsgericht als Prozessvoraussetzungen ex officio zu prüfen 19).

2. Auf die Bestellung eines Rechtsbeistandes kann im ordentlichen Prozessverfahren nicht gültig verzichtet werden 20).

Eine Vereinbarung von Prozessparteien, die das Verbot des Beizugs eines Rechtsbeistandes - Anwalt oder sonstiger Rechtsvertreter - beinhaltet, ermangelt unter dem Gesichtspunkt von Art. 27 ZGB der Verbindlichkeit, denn ein solches Rechtsgeschäft liegt ausserhalb der gesetzlich gewährleisteten Vertragsfreiheit

-
- 16) Vgl. Guldener "ZPR" S. 12 ; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 134; Sträuli/Messmer N 1 zu § 29; vgl. im weiteren die Fälle des Parteiprozesses in Deutschland gemäss § 79 DZPO; Stein/Jonas I. zu § 79.
 - 17) So beurteilt sich die Frage, wer vor den Schiedsgerichten zur berufsmässigen Rechtsvertretung berechtigt ist, nach dem geltenden Anwaltsgesetz am Sitze des Schiedsgerichts; vgl. im weiteren auch: Guldener "ZPR" S. 120; Sträuli/Messmer N 2 zu § 29; für Zürich: Anwaltsgesetz vom 3. Juli 1938, ZG 6 267, §§ 1 ff.
 - 18) Walder-Bohner SJZ 72 S. 256 Anm. 51: Es dürfte sich beim zitierten Satz um einen Verschrieb oder Druckfehler handeln, denn dem Zitat muss nach grammatikalischer Auslegung die Meinung zukommen: "... nur insoweit, als der S c h i e d s r i c h t e r in einem, ...".
 - 19) Vgl. Sträuli/Messmer N 3 zu § 29.
 - 20) Vgl. Leuch N 1 zu Art. 83.

und ist als Beschränkung des Rechts auf Selbstbehauptung und damit als gegen die Sittlichkeit verstossender Teilverzicht auf die persönliche Freiheit aufzufassen 21). Eine solche Unverbindlichkeit wirkt sowohl inter partes wie auch gegen aussen und ist von der Rechtsanwendungsbehörde bei der Prüfung der Frage, ob gestützt auf eine solche Vereinbarung ein dennoch beigezogener Anwalt zurückgewiesen werden darf, als zwingend von Amtes wegen zu beachten.

Misst eine Rechtsanwendungsbehörde einem rechtsgeschäftlich im voraus erklärten Verzicht auf Beizug eines Rechtsbeistandes jedoch verbindlichen Charakter zu, so erhebt sich die Frage, ob eine darauf gestützte Zurückweisung eines beigezogenen Anwalts oder sonstigen Rechtsvertreters der Ueberprüfung unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten standhält. Diese Ueberlegungen sind im Zusammenhang mit der Frage nach dem Anspruch der Rechtssuchenden auf rechtliches Gehör anzustellen. Als wichtigstes, unmittelbar aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessendes Element erscheint das Aeusserungsrecht des Rechtssuchenden gegenüber den Rechtsanwendungsbehörden. Auf dieses Aeusserungsrecht kann im Laufe eines Verfahrens wohl von Fall zu Fall verzichtet werden, während ein Verzicht im voraus nicht zu beachten sein dürfte 22). Die Wahrnehmung des Aeusserungsrechtes kann entweder durch persönliche Prozessführung oder durch Prozessführung mittels eines beigezogenen Anwalts oder sonstigen Rechtsvertreters erfolgen. Entzug oder Beschränkung des Aeusserungsrechtes eines selbständig Prozessierenden verletzen dessen bundesrechtlich gewährleisteten Gehörsanspruch unmittelbar, während das Nichteintreten auf Prozesshandlungen eines mit der Prozessführung Beauftragten die Verwehrung oder Beschränkung des Aeusserungsrechts des Vertretenen zur Folge hat. 23). Ob jemand berechtigt ist, einen Anwalt oder sonstigen Rechtsbeistand beizuziehen, berührt somit

21) Vgl. Egger N 2, 5, 7, 9, 15 zu Art. 27 ZGB

22) Tinner ZSR 83, S. 295 ff., S. 337/338 sowie Anm. 26 auf S. 337.

23) Vgl. BGE 96 I S. 527.

mittelbar seinen Anspruch auf rechtliches Gehör 24). Die Bejahung dieser Berechtigung und ihre Verneinung für das Sühn- und Erkenntnisverfahren vor Friedensrichter wie in arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 500.--, soweit es um entgeltliche Vertretung geht 25), findet ihre Ausgestaltung in den Bestimmungen des positiven Rechts 26). Jede nicht auf einen solchen positiven Rechtssatz gestützte Zurückweisung eines Anwalts durch die Rechtsanwendungsbehörde ist daher eine mittelbare Verletzung des verfassungsmässig garantierten Individualrechts auf rechtliches Gehör und stellt als formelle Rechtsverweigerung 27) einen Verstoss gegen Art. 4 BV dar 28).

Im übrigen darf darauf hingewiesen werden, dass Lehre und Rechtsprechung dem Anwalt neben seiner angestammten Tätigkeit wiederholt eine Hilfsfunktion bei der materiellen Wahrheitsfindung zugemessen haben 29). Seine Zurückweisung auf Grund eines rechtsgeschäftlichen Verzichts erscheint daher, nicht allein unter dem Gesichtspunkt der Schranke von Art. 27 ZGB und der Wahrung des rechtlichen Gehörs des Vertretenen, sondern auch im Hinblick auf die Wahrung des öffentlichen Interesses, als fraglich.

24) R. Tinner ZSR 83 S. 329.

25) Vgl. §§ 31 und 32 Zürcher ZPO: Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Ausschluss bzw. die Beschränkung der Rechtsvertretung in diesen beiden Fällen nicht auch den bundesrechtlichen Gehörsanspruch verletzt. Diese Frage wird unter rein rechtsdogmatischen Gesichtspunkten mindestens für das Erkenntnisverfahren vor dem Friedensrichter zu bejahen sein, während durch die Möglichkeit, sich im arbeitsgerichtlichen Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 500.-- unentgeltlich vertreten zu lassen, der Gehörsanspruch der Parteien als gewährleistet erscheint.

26) Vgl. in Verwaltungssachen auch: Imboden/Rhinow S. 179.

27) Zur Abgrenzung der Verletzung des rechtlichen Gehörs zum Oberbegriff der formellen Rechtsverweigerung vgl. Tinner ZSR 83 S. 328 ff.

28) Vgl. ZR 32 Nr. 149 S. 284 f.; Guldener "Die Nichtigkeitsbeschwerde" S. 112/113.

29) Vgl. BGE 96 I S. 527/528; Guldener "ZPR" S. 611/612.

3. Kontrovers ist, ob die Privatautonomie der Schiedsgerichtsparteien zur Gestaltung des schiedsgerichtlichen Verfahrens auch die Möglichkeit umfasst, Verbote des Beizugs von Anwälten oder sonstigen Rechtsvertretern verbindlich zu vereinbaren.

Einen solchen Ausschluss von Anwälten betrachtet Leuch nach entstandener Streitigkeit im Rahmen des Schiedsvertrages oder anlässlich der Bestellung des Schiedsgerichts auf Grund einer Schiedsklausel als "unbedingt zulässig"; eine entsprechende Verzichtserklärung in der Schiedsklausel, bevor Art und Umfang der Streitsache überblickbar sind, hält er hingegen mit Folge teilweiser Ungültigkeit des Schiedsvertrags, gestützt auf Art. 27 ZGB wegen teilweiser Entäusserung des Rechts auf Selbsterhaltung, als anfechtbar 30).

Die Redaktoren des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit haben dagegen jeglichen Verzicht auf einen Anwalt oder sonstigen Rechtsvertreter unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung der Parteien im Schiedsgerichtsprozess ausdrücklich abgelehnt, und das Recht, "sich durch einen Beauftragten eigener Wahl vertreten oder verbeiständen zu lassen", durch Aufnahme in den Katalog der zwingenden Verfahrensvorschriften des Konkordats dem Bereich jener Verfahrensgrundsätze entzogen, die zur privatautonomen Disposition der Schiedsgerichtsparteien stehen 31).

Dieses Recht auf Beizug eines Beauftragten zur Vertretung oder Verbeiständung im Prozess muss als Ausfluss aus der Garantie auf rechtliches Gehör auch im Schiedsgerichtsprozess nach Zürcher Schiedsrecht beachtet werden 32).

Aus den Materialien zur Revision der Zürcher Zivilprozessordnung wird gegenüber dem Konkordat jedoch eine differenziertere Auffassung mit Bezug auf diese Frage deutlich. In den Beratungen zu § 365 VE = § 249 Abs. 2 rev. ZPO hat sich die

30) Vgl. Leuch N 1 zu Art. 387.

31) Konk. Art. 25 lit. d); Lanz S. 33.

32) Walder-Bohner SJZ 72 S. 256.

Expertenkommission mit der Frage befasst, ob nicht Verbote des Anwaltbeizugs in den Schiedsverträgen als Verstoss gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs unzulässig erklärt werden sollen. Die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in die revidierte Zivilprozessordnung, ähnlich dem Konkordat, erschien Guldener jedoch "kaum so wichtig". Wohl könne eine Rechtsverweigerung vorliegen, wenn der Prozess so kompliziert werde, dass ohne Anwälte nicht mehr auszukommen sei, in den andern Fällen jedoch nicht. Dieser Ansicht stimmte die Expertenkommission zu und überliess die Frage der Praxis 33).

Somit lässt sich die dem neuen Prozessgesetz zugrundeliegende zürcherische Schiedsrechtsauffassung mit Bezug auf das vereinbarliche Verbot des Anwaltbeizugs wie folgt zusammenfassen: Den Schiedsgerichtsparteien kommt grundsätzlich die Autonomie zu, im Rahmen der Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechtes das Verbot des Anwaltbeizugs zu vereinbaren; solche Vereinbarungen sind aber mit Nichtigkeit zufolge Verstosses gegen das rechtliche Gehör behaftet, wenn, wegen der Kompliziertheit des Prozesses, den Parteien die Wahrung ihrer Interessen ohne Anwaltsbeizug nicht mehr gewährleistet scheint.

Im Vergleich zwischen Konkordat und der Zürcher Zivilprozessordnung ist der Entscheidung der zürcherischen Schiedsrechtsauffassung für die Privatautonomie der Parteien auch in der Frage des Verzichts auf Anwaltsbeizug der Vorzug zu geben. Das vereinbarliche Verbot des Anwaltbeizugs räumt den Schiedsgerichtsparteien immerhin die Möglichkeit ein, eigene Anwaltskosten und, je nach Ausgang des Prozesses, auch das Risiko zu vermeiden, dem Prozessgegner dessen Anwaltskosten entschädigen zu müssen. Nicht verkannt werden darf allerdings die Gefahr der Rechtsunsicherheit, die zwangsläufig entstehen dürfte, wenn in Streitfällen die Frage zu entscheiden ist, wann ein vereinbartes Verbot des Anwaltbeizuges zufolge Kompliziertheit des Prozesses als gegen das rechtliche Gehör verstossend unverbind-

33) Prot. EK S. 489, Votum Guldener zu § 365 VE und Zustimmung der Expertenkommission.

lich wird. Die Wahrung des Prinzips der Parteifreiheit im Schiedsgerichtsprozess, auch in den Fragen des Anwaltsbeizugs und des Verzichts darauf, wiegt diese Gefahr jedoch auf, umso mehr als in der Praxis, welcher die Entscheidung dieser Frage von der Expertenkommission überlassen wurde, solche Streitfälle kaum je vorkommen dürften.

Im Schiedsgerichtsprozess steht die Betonung des Rechts auf Anwaltsbeizug klar im Vordergrund, und das vereinbarte Verbot oder der Verzicht darauf müssen als Ausnahme gelten. Das zeigen auch die für den internationalen Handel und die internationale Wirtschaft bedeutenden Schiedsordnungen der "INTERNATIONALEN HANDELSKAMMER", der "ZUERCHER HANDELSKAMMER" und der "UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE", die das Recht auf Beizug von Anwälten und Rechtsvertretern ausdrücklich in ihre Vorschriften aufgenommen haben 34).

34) Schlichtungs- und Schiedsordnung der Zürcher Handelskammer, Ausgabe 1977:

§ 35 Die Parteien können sich durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Beauftragten vertreten lassen oder bei mündlichen Verhandlungen einen Berater beiziehen.

Macht eine Partei von diesem Recht Gebrauch, so hat sie dem Obmann den Namen des Beraters oder Vertreters zuhanden der Gegenpartei so rechtzeitig bekanntzugeben, dass sich diese anlässlich der mündlichen Verhandlung ebenfalls beraten oder vertreten lassen kann.

Verfahrensordnung des Schiedshofs der ICC, gültig seit 1. Juni 1975:

Art. 15 Abschnitt 5:

Die Parteien erscheinen entweder persönlich oder lassen sich durch gehörig bevollmächtigte Beauftragte vertreten. Sie können auch von Beratern begleitet werden.

Arbitration Rules of the United Nations Economic Commission for Europe, New York 1970:
Article 30

Either party shall be entitled to appear in the arbitration by a duly accredited agent.

Either party shall also be entitled to be assisted by persons of his choice.

Wie Steinbrüchel die Frage zu stellen, ob im Schiedsverfahren eine Vertretung der Parteien durch Anwälte gestattet sein soll 35), hiesse dagegen, den Grundsatz des Verzichtes auf Anwälte bzw. das Verbot ihres Beizuges zu erwägen. Gesetzesbestimmungen diesen Inhalts wären als Verletzung der bundesrechtlichen Garantie auf rechtliches Gehör klar abzulehnen.

Vergleichsweise sei zu dem Problem der Vertretung der Parteien durch Anwälte im Schiedsverfahren auf Gesetz und Lehre im deutschen Schiedsrecht hingewiesen, wo mit Novelle vom 20. Juli 1933 die Bestimmung in den § 1034 Abs. 1 DZPO aufgenommen wurde, dass beigezogene Rechtsanwälte bei Vermeidung des Aufhebungsgrundes von § 1041 Nr. 1 DZPO weder vom schriftlichen Verkehr noch von den mündlichen Verhandlungen zurückgewiesen werden dürfen; entgegenstehende Vereinbarungen der Parteien sind rechtsunwirksam und hindern die Geltendmachung des Aufhebungsgrundes nicht 36). Vor der Gesetzesnovelle vertrat Baumbach die Auffassung, das Schiedsgericht befände frei darüber, ob und in welchem Umfang beigezogene Rechtsanwälte zuzulassen seien; von der Zurückweisung beigezogener Rechtsanwälte oder sonst zur Vertretung geeigneter Personen sei jedoch abzuraten, "weil darin möglicherweise die Verletzung des rechtlichen Gehörs gefunden wird" 37).

II. Prinzip und Ausschluss der Prozessentschädigung im ordentlichen Prozess und im Schiedsgerichtsprozess

1. Nach § 68 Abs. 1 der Zürcher Zivilprozessordnung ist die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, nach Massgabe ihres Unterliegens den Prozessgegner für dessen Kosten im Prozess zu entschädigen 38). Die Bestimmung stellt dem

35) Steinbrüchel S. 62.

36) § 1034 Abs. 1 DZPO; Stein/Jonas/Schlosser III.2. lit.d) zu § 1034; Rosenberg/Schwab S. 979.

37) Baumbach S. 105 lit. f).

38) Vgl. Guldener "ZPR" S. 378; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 373; für das deutsche Recht: Stein/Jonas V. 2. und VI. zu § 91.

kantonalen Gesetzgeber überlassenes materielles Privatrecht dar und ist als gesetzliche Kausalhaftung aufzufassen, die sich allein auf der objektiven Tatsache des Unterliegens im Prozess gründet 39). In der Nichtzusprechung einer Prozessentschädigung läge die Verletzung klaren Rechts, die im Effekt einer Rechtsverweigerung gleichkäme 40). Diese Prinzipien, die das zürcherische wie das übrige Zivilprozessrecht in der Schweiz kennzeichnen, haben Geltung für Prozesse vor ordentlichen Gerichten wie für die Schiedsgerichtsprozesse, deren Verfahren sich an die Grundsätze des Zürcher Zivilprozessrechtes, des Konkordats oder der Bundeszivilprozessordnung anlehnt 41). Bei der Festsetzung der Prozessentschädigung handelt sowohl der ordentliche Richter wie der Schiedsrichter nach freiem Ermessen, doch haben dabei beide den Beizug eines entgeltlichen Rechtsvertreters durch den Entschädigungsberechtigten gebührend zu berücksichtigen 42).

2. In § 68 Abs. 2 hat die Zürcher Zivilprozessordnung für die Prozesserledigung durch Vergleich mangels abweichender Parteivereinbarung das Wettschlagen der Prozessentschädigungen vorgesehen. Es dürfte den Prozessparteien im ordentlichen Prozess jedoch entsprechend der Möglichkeit, die Uebernahme der Haftung für Gerichtskosten unabhängig vom Prozessausgang zu

39) Ammann S. 26.

40) Ammann S. 19; Sträuli/Messmer N 1 zu § 68; Sträuli/Messmer/Wiget N 9 zu § 247.

41) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 9 zu § 247.

42) § 69 Zürcher ZPO; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 374; Sträuli/Messmer N 1 zu § 69; liegt seitens der erstattungsberechtigten Partei keine Rechnung vor, so hat der Richter das Anwaltshonorar auf Grund des geltenden Anwaltstarifs zu bemessen; für ein Schiedsgericht ist dabei vorbehältlich abweichender Parteiabrede der am Sitze geltende Anwaltstarif verbindlich.

vereinbaren, ebenfalls unbenommen sein, sich über den Anspruch auf Prozessentschädigung bzw. die Pflicht zu deren Entrichtung für das Gericht bindend und gültig zu vereinbaren. Wenn allerdings praktische Ueberlegungen die Kostenübernahme im voraus und unabhängig vom Prozessausgang als seltene Ausnahme erscheinen lassen, so gilt das in weit höherem Masse für gleiche Vereinbarungen mit Bezug auf Prozessentschädigungen, bei denen es regelmässig um grössere Beträge geht 43).

Im Gegensatz zum ordentlichen Prozess steht im Schiedsgerichtsprozess auf Grund der geltenden Privatautonomie auch mit Bezug auf die Prozessentschädigung die Parteiabrede im Vordergrund 44). Ausschluss der Prozessentschädigung oder Unzuständigkeit des Schiedsgerichts zu deren Verlegung ist nur bei ausdrücklicher oder stillschweigender Wegbedingung durch die Schiedsgerichtsparteien gegeben. Enthält das von den Schiedsgerichtsparteien oder vom Schiedsgericht gewählte Verfahrensrecht keine Vorschriften über die Prozessentschädigung, so ist das Schiedsgericht gehalten, die entsprechenden, subsidiär geltenden Prozessbestimmungen des Sitzesrechtes sinngemäss zur Anwendung zu bringen 45). Dieser Anwendung subsidiären Sitzesrechtes muss bei Schweigen des gewählten Verfahrensreglementes über Prozessentschädigung jedoch die Prüfung der Frage vorausgehen, ob die fragliche Verfahrensordnung durch "qualifiziertes Schweigen" die Anwendung des Sitzesrechtes ausschliessen wolle, oder ob eine "echte Lücke" vorliegt, welche die Heranziehung der Grundsätze des Sitzesrechtes ebenso bewirkt, wie wenn das Schweigen als konkludente Willensäusserung der Schiedsgerichtsparteien auf Anwendung des Sitzesrechtes aufzufassen ist. Dabei sind die Schwierigkeiten nicht zu unterschätzen, die bei der Auslegung vereinbarter Verfahrensordnungen entstehen können, und

43) Siehe oben § 5 III.

44) Sträuli/Messmer/Wiget N 9 zu § 247.

45) Sträuli/Messmer/Wiget N 10 zu § 247; auch die Bestimmungen über die Prozessentschädigung gehören zum subsidiär anwendbaren Prozessrecht, und das Schiedsgericht ist mangels Parteiabrede nicht befugt, davon abzuweichen; vgl. auch: Wiget "Fragen der Verfahrensgestaltung" S. 385 Anm. 56.

die bisweilen eine eindeutige Antwort auf Bedeutung oder Inhalt solchen Schweigens nicht zulassen.

Das Zürcher Obergericht hat bei der Behandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde die Frage geprüft, welche Bedeutung dem Schweigen über Prozessentschädigung der Verfahrensordnung des gemeinsamen Schiedsgerichts des Haus- und Grundeigentümerverbandes der Stadt Zürich und des Mietervereins der Stadt Zürich 46) zukomme. Zur Auslegung hat es dabei zunächst Zweck und Ausgestaltung des Verfahrensreglementes untersucht und dabei folgenden hervorstechende Merkmale der Schiedsordnung hervorgehoben:

- Das gemeinsame Schiedsgericht habe sich zur Hauptsache mit sogenannten Begattelfällen zu befassen;
- es strebe ein möglichst einfaches und billiges Verfahren an und
- der Beizug von Rechtsvertretern sei zwar nicht ausgeschlossen, bilde jedoch die Ausnahme und sei unerwünscht.

Zusammengefasst seien diese Merkmale für die Schiedsordnung des gemeinsamen Schiedsgerichtes typisch, das durch ein gestrafftes Verfahren und möglichste Zurückdrängung von Anwälten einen kostengünstigen Schiedsprozess anstrebe, was auf Wegbedingung der Prozessentschädigung durch das Schweigen des Verfahrensreglementes schliessen lasse 47).

Zusätzlich weist das Obergericht auf den systematischen Aufbau des Verfahrensreglementes hin und hält fest:

- Wenn in Ziff. 4 Abs. 2 des Reglementes die Nichteinhaltung einer Tagfahrt wie auch eine verspätete Entschuldigung bezüglich des Nichterscheins zu einer solchen, die Kosten-

46) Reglement des gemeinsamen Schiedsgerichtes des Haus- und Grundeigentümerverbandes der Stadt Zürich und des Mietervereins der Stadt Zürich gemäss Ziff. 14 des Mietvertragsformulars und § 364 Ziff. 2 alt. ZPO, 30 Mai 1932.

47) SJZ 42 Nr. 72 S. 186/187.

tragung für die Auslagen des Schiedsgerichts und des Büros wie auch die Entschädigungspflicht an die Gegenpartei begründe, dann werde deutlich, dass der Redaktor des Reglementes die Einrichtung der Prozessentschädigung gekannt habe, was wiederum die Annahme verbiete, er habe sie bei der Regelung der Gesamtkosten des Schiedsverfahrens unbeabsichtigt vergessen, und das Schweigen des Reglementes über Prozessentschädigung sei somit als "echte Lücke" aufzufassen.

Diese Auslegung des Obergerichts nach der Systematik der Verfahrensordnung vermag zu überzeugen. Auch das Ergebnis der teleologischen Auslegung wird von Wiget als gültig und auf andere Verfahrensordnungen anwendbar erachtet, deren Zweck auf Einfachheit und Billigkeit des Verfahrens ausgerichtet ist, und bei denen Vertretung und Verbeiständung die Ausnahme bilden 48).

Dennoch erhebt sich die Frage, ob die in Ziff. 14 des Mietvertragsformulars enthaltene Schiedsklausel und das darauf basierende Reglement, wie auch alle anderen Verfahrensordnungen, deren Schweigen über die Prozessentschädigung ähnlich der Schiedsordnung des gemeinsamen Schiedsgerichts den Schluss auf Wegbedingung derselben zulassen, für wenig oder nicht juristisch gebildete Vertragsparteien nicht zu einem Fallstrick und somit zur Verletzung ihres Rechtsschutzanspruches führen könnten. Die Frage wird von Fall zu Fall abzuklären sein. Dabei rechtfertigt sich jedoch die Aufrechterhaltung des Grundsatzes, dass aus dem Schweigen solcher Reglemente auf Wegbedingung der Prozessentschädigung zu schliessen sei, denn der Zielsetzung, solche Schiedsprozesse für die Prozessparteien möglichst kostengünstig zu halten, kommt im Interesse des Schutzes der sozial schwächeren Partei hervorragende Bedeutung zu.

Fraglich ist, ob die teleologische Auslegungsmethode auch zu gültigen Ergebnissen führt, wenn Verfahrensregeln über

48) Sträuli/Messmer/Wiget N 10 zu § 247.

äusserst komplexe Materien, welche im Prozess ohne Beizug qualifizierter Rechtsvertreter kaum durchzufechten sind, keine Bestimmung über die Prozessentschädigung enthalten. Bei der Untersuchung dieser Frage mögen als Anschauungsmodelle die Schiedsordnung der UNECFE sowie die heute überholte Schiedsordnung des Schiedsgerichtshofes der ICC vom 1. Juni 1955 dienen 49). Beide Verfahrensordnungen liefern durch ihren systematischen Aufbau keine Anhaltspunkte zur Auslegung ihres Schweigens zur Frage der Prozessentschädigung. Zieht man die regelmässig hohen und höchsten Streitwerte der Handels- und Wirtschaftsprozesse, die auf Grundlage dieser Schiedsordnungen geführt werden und wurden sowie die prozessual und materiell komplexen Rechtsfragen, die bei diesen Prozessen das Erfordernis qualifizierter Rechtsberatung erheischen oder notwendig machen, in Betracht, so ist die Annahme, das Fehlen von Bestimmungen über die Prozessentschädigung sei als "qualifiziertes Schweigen" der Reglemente aufzufassen, nicht gerechtfertigt. Die dadurch getroffene

-
- 49) Die nachstehenden Bestimmungen der Schiedsordnungen der ICC vom 1. Juni 1955 sowie der UNECFE enthalten in ihren Bestimmungen über die Kosten keinen Hinweis darauf, dass die kostenpflichtige Partei auch zum Ersatz der Parteikosten des Prozessgegners zu verhalten sei:
ICC Art. 25 Ziff. 1:

Im Schiedsspruch wird ausser dem Entscheid zur Sache die Zahlung der Kosten und Auslagen festgesetzt und bestimmt, welcher Partei die Zahlung obliegt oder in welchem Verhältnis die Kosten und Auslagen verteilt werden sollen.

- Ziff. 2: Das Honorar des Schiedsrichters und die vom Schiedsgerichtshof gemäss der Kostentabelle (Anhang II) festgesetzten Verwaltungskosten, die Honorare der Sachverständigen im Falle der Einholung von Gutachten und etwaigen Reisekosten der Schiedsrichter sind der Kostenfestsetzung inbegriffen.

UNECFE Article 43:

The arbitrators shall determine in every case the costs payable.

In general, costs shall be borne by the unsuccessful party. However, the arbitrators shall be entitled to apportion the costs.

Annahme der Wegbedingung von Prozessentschädigung und damit des Wegfallens der Schutzfunktion dieser Einrichtung würde in solch aufwendigen und mit hohen Prozesskostenrisiken verbundenen Verfahren das Rechtsschutzinteresse der Parteien, gerechtfertigte Klagen zu erheben und sich unberechtigten Forderungen zu widersetzen, erheblich tangieren oder verletzt haben. Gleichzeitig verbietet sich angesichts der internationalen Bedeutung dieser Schiedsordnungen und auf Grund des Umstandes, dass diese Reglemente auf der Zusammenarbeit von Schiedsrechtsspezialisten verschiedenster Länder beruhen, auch die Annahme, an eine Regelung der Prozessentschädigung sei bei der Redaktion der Verfahrensordnungen "unbeabsichtigt" nicht gedacht worden, und es lägen somit "echte Lücken" vor. Bei der Schaffung dieser Schiedsordnungen muss daher die Meinung bestanden haben, diese Lücken seien von Fall zu Fall durch ausdrückliche oder konkludente Willensäußerung der Parteien auszufüllen. Diese These wird mit Bezug auf die alte Schiedsordnung der ICC auch durch deren Art. 16 gestützt, der, bei Schweigen seiner Bestimmungen über spezifische Verfahrensfragen, für deren Regelung die von den Parteien gewählte Prozessordnung als massgeblich erklärt und, bei Nichteinigung der Parteien auf eine solche Prozessordnung, diejenige des Landes, in welchem das Schiedsverfahren stattfindet, als anwendbar bezeichnet 50). In diesem Sinne war denn auch der Hinweis von Marx zu verstehen, die "berühmte Streitfrage", ob in Schiedsprozessen auf Grundlage der Schiedsordnung des Schiedsgerichtshofes der ICC vom 1. Juni 1955 eine Prozessentschädigung zuzusprechen sei, müsse von Fall zu Fall abgeklärt werden 51). Wenn Marx dabei allerdings der Ueberzeugung war, eine Lösung dieses Problems sei von Fall zu Fall

50) ICC vom 1. Juni 1955 Art. 16:

Die auf das Verfahren vor dem Schiedsgericht anwendbaren Bestimmungen ergeben sich aus dieser Schiedsordnung und soweit diese schweigt, aus der von den Parteien gewählten Prozessordnung oder mangels Einigung aus der Prozessordnung des Landes, in dem das Verfahren vor Schiedsgericht stattfindet.

51) Marx NJW 1956, S. 283.

"unschwer" zu finden, so durfte, angesichts der Auslegungsschwierigkeiten bei fehlender Lückenfüllung durch ausdrückliche oder konkludente Willensäusserung der Parteien, mit Wiget diese Haltung als "optimistisch" bezeichnet werden 52). Die ICC hat aus entstandenen Schwierigkeiten denn auch die Konsequenzen gezogen und in ihre revidierte Schiedsordnung vom März 1975 in den Art. 20 Abschnitt 2 die Bestimmung aufgenommen, dass unter den von der unterliegenden Partei bzw. von beiden Parteien im Verhältnis ihres Obsiegens oder Unterliegens im Prozess zu übernehmenden Kosten des Schiedsverfahrens auch "... die üblichen Aufwendungen der Parteien für ihre Verteidigung" zu verstehen sind 53).

Zusammenfassend ist festzustellen: Das Schweigen von Verfahrensordnungen über die Prozessentschädigung birgt Rechtsunsicherheiten in sich. Eine Methode zur Auslegung solcher Lücken, die in jedem Falle zu einem gültigen Ergebnis führt, existiert nicht. Daher gehen Schiedsgerichtsparteien, die eine solche Verfahrensordnung wählen, das unabschätzbare, oft erhebliche Risiko ein, bei Obsiegen im Prozess ihren berechtigten Anspruch auf Kostenerstattung gefährdet zu sehen. Zur Vermeidung dieser Gefahr ist somit allen Schiedsgerichtsparteien bei Schweigen der gewählten Verfahrensordnung zur Frage der Prozessentschädigung zu empfehlen, solche Lücken durch ausdrückliche Parteivereinbarung zu füllen.

52) Wiget "Fragen der Verfahrensgestaltung" S. 385 Anm. 56.

53) Schiedsordnung der ICC vom März 1975 Art. 20 2:

Die Kosten des Schiedsverfahrens umfassen das Honorar des Schiedsrichters und die Verwaltungskosten, die der Schiedsgerichtshof gemäss der Kostentabelle (Anhang II) festsetzt sowie die eventuellen Auslagen des Schiedsrichters, die Gebühren und Auslagen der Sachverständigen im Falle der Einholung eines Gutachtens und die üblichen Aufwendungen der Parteien für ihre Verteidigung.

III. Die Kautionsleistung für die Prozessentschädigung im ordentlichen Prozess und ihr Ausschluss im Schiedsgerichtsprozess

Im ordentlichen Prozess besteht bei Erfüllung der Voraussetzungen von § 73 Ziff. 1 bis 7 Zürcher ZPO eine Kautionspflicht des Klägers, Widerklägers oder jener Partei, die gegen ein erstinstanzliches Erkenntnis ein Rechtsmittel ergriffen hat, für die Gerichtskosten und den allfälligen Prozessentschädigungsanspruch des Prozessgegners.

Diese Kautionspflicht wird, soweit sie die Gerichtskosten betrifft, im Schiedsgerichtsprozess durch die voraussetzungslose Pflicht beider Schiedsgerichtsparteien ersetzt, auf Verlangen des Schiedsgerichts, die Prozesskosten zu kautionieren 54). Eine Pflicht zur Sicherstellung der Prozessentschädigung des Prozessgegners besteht im Schiedsverfahren jedoch nicht, und das Schiedsgericht ist nicht befugt, eine solche Kautionsauflage anzuordnen, selbst wenn die erforderlichen Voraussetzungen hierzu erfüllt sind, welche im ordentlichen Prozess zur Kautionspflicht führen 55). Wenn diese Doktrin durch die Revision der Zürcher Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 auch zur klaren zürcherischen Schiedsrechtsauffassung geworden ist, so muss auf die Kontroversen bezüglich dieser Fragen und die dabei verwendeten Argumente doch kurz eingetreten werden.

In einem Beschluss vom 23. September 1949 hat ein zürcherisches Schiedsgericht die Kautionspflicht des Klägers auch im Schiedsprozess bejaht und dazu ausgeführt:

- Die an objektiv feststellbare Voraussetzungen geknüpfte Kautionspflicht von § 59 alt. ZPO werde durch die voraussetzungslos zu leistende Kautions von § 369 b) nur mit Bezug

54) Siehe unten 4. Kapitel § 15.

55) Vgl. Guldener "ZPR" S. 589; Sträuli/Messmer/Wiget N 10 zu § 247.

auf die Sicherstellung der Gerichtskosten ersetzt, während die allgemeinen Voraussetzungen von § 59 alt. ZPO für die Kautionsierung der Prozessentschädigung auch im Schiedsgerichtsprozess ihre Gültigkeit behielten, umsomehr als aus der vorliegenden Parteivereinbarung, die das zürcherische und schweizerische Recht zur Anwendung bringe, auf Wegbedingung dieser zürcherischen Grundsätze nicht geschlossen werden könne 56).

Für eine solche allgemeine Gültigkeit der Bestimmungen von §§ 59 ff. alt. ZPO im Schiedsgerichtsprozess trat auch die Expertenkommission zur Revision der Zürcher ZPO ein und formulierte im VE einen entsprechenden § 369 c) = § 244 E 57).

In seiner Vernehmlassung vom 26. März 1969 verlangte das Obergericht des Kantons Zürich jedoch die Streichung dieser Bestimmung mit folgender Begründung:

- Diese Vorschrift schaffe ungleiches Recht, da der nicht in einem Vertragsstaat wohnende Kläger kautionspflichtig werde, nicht aber der - oft ebenfalls im Ausland wohnende - Beklagte;
- alsdann stelle die Bestimmung eine Falle dar, wenn sie von den Parteien in Unkenntnis ihrer Bedeutung und ihrer Auswirkung nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werde 58).

Diesem Antrag des Obergerichts wurde von der Expertenkommission stattgegeben und die fragliche Bestimmung nicht in die Vorlage der Revision aufgenommen. Dabei wurde die Argumentation des Obergerichts anerkannt, dass die durch eine solche Vorschrift

56) SJZ 46 Nr. 125 S. 381.

57) Prot. EK S. 494, VE § 369 c):

Für die Sicherstellung der Prozessentschädigung gelten die §§ 59 und 60, 60 a) und 60 b) sinngemäss, sofern die Parteien nichts abweichendes vereinbaren.

58) Vernehmlassung des Obergerichts vom 26. März 1969 zum Entwurf der EK vom Mai 1968 betreffend die Revision der Zivilprozessordnung, zu § 244 E, S. 67.

statuierte einseitige Kautionsleistung nur einer Partei gegen das Prinzip der Gleichstellung der Parteien im Schiedsgerichtsprozess verstosse 59).

Auch das Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer hat in einem Erkenntnis vom 28. Juni 1956 die Kautionspflicht für die Prozessentschädigung im Schiedsgerichtsprozess abgelehnt und dabei mit Recht festgehalten:

- Die Bestimmungen von §§ 59 ff. alt. ZPO über Sicherstellung würden ihre Ergänzung in den Bestimmungen über die Befreiung durch Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung erfahren; da das Armenrecht in der Schiedsgerichtsbarkeit nicht in Betracht komme 60), sei es ebensowenig angängig, § 59 alt. ZPO auf den Schiedsgerichtsprozess anzuwenden 61).

Dieses Argument gab Guldener auch in der Expertenkommission zu bedenken, wenn er darauf hinwies, die Vorschrift von § 369 c) VE könne sehr drückend werden, weil die Schiedsgerichtsverfahren kein Armenrecht kennen: doch setzte dem der Kommissionspräsident Tinner entgegen: Es lasse sich kaum eine andere Lösung denken, wenn die berechtigten Ansprüche der obsiegenden Partei nicht gefährdet werden sollten; Wer eine Schiedsabrede akzeptiere, müsse diese Konsequenz tragen 62).

Ob die Streichung des § 369 c) VE = § 244 E - mit der die berechtigten Ansprüche der obsiegenden Partei auf Prozessentschädigung gefährdet sind - den Schiedsgerichtsparteien die Möglichkeit belässt, die Kautionsleistung der Prozessentschädigung durch Parteiabrede zu statuieren, ist fraglich. Wenn die entsprechend vorgesehene Vorschrift als Verstoß gegen das Prinzip der Gleichstellung der Parteien im Schiedsgerichtsprozess

59) Prot. KK S. 265, Votum Messmer zu § 248 V; vgl. auch: Wiget "Fragen der Verfahrensgestaltung" S. 387.

60) SJZ 54 Nr. 50 S. 92.

61) Prot. EK. S. 971, Votum Guldener zu § 369 c) VE.

62) Prot. EK. S. 971, Votum Tinner zu § 369 c) VE.

abgelehnt wurde, so ist daraus zu schliessen, dass auch entsprechende Parteiabreden als Verletzung des Gleichstellungsgrundsatzes von § 249 Abs. 1 Zürcher ZPO unzulässig sind.

Die Frage der Pflicht zur Kautionsierung der Prozessentschädigung im Schiedsgerichtsprozess ist auch nach deutscher Schiedsrechtslehre kontrovers.

So vertritt Riezler die Auffassung, eine Pflicht zur Kautionsierung der Prozessentschädigung komme im Schiedsgerichtsprozess nicht in Betracht, denn:

- Die Kautionspflicht gemäss § 110 DZPO habe ihren Grund darin, dass ein deutscher Beklagter nicht genötigt werden könne, sich mit einem ihm unsicher erscheinenden Ausländer in den Prozess einzulassen; durch die Unterwerfung unter ein schiedsgerichtliches Verfahren gebe der Beklagte aber zu erkennen, dass er mit dieser Art der Erledigung einverstanden sei und aus der Eigenschaft seines Gegners als Ausländer keine Einwendungen abzuleiten gedenke; wenn der Beklagte seine Parteikosten gesichert haben wolle, dann stehe es ihm frei, die Verpflichtung des Gegners zur Kautionsleistung für die Prozessentschädigung im Schiedsvertrag zu vereinbaren; nach vorbehaltlosem Abschluss eines Schiedsvertrages habe er aber keinen Anspruch mehr auf eine solche Kautionsleistung 63).

Demgegenüber befürwortet Baumbach die Kautionspflicht des ausländischen Klägers auch für den Schiedsgerichtsprozess, denn:

- § 110 DZPO habe den Sinn, den deutschen Beklagten zu schützen; diesen Schutz habe aber auch ein Beklagter im Schiedsgerichtsprozess nötig, weshalb ihm ein Anspruch darauf zukomme 64).

Diese Auffassung Baumbachs darf als die in Deutschland herrschende betrachtet werden. So besteht in Deutschland als Ausnahme

63) Riezler S. 429. f.

64) Baumbach S. 105 lit. h).

wohl die Befreiung von der Kautionspflicht für die Prozessentschädigung im Beschlussverfahren zur Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen und Schiedsvergleichen, nicht aber für den eigentlichen Schiedsgerichtsprozess 65).

§ 8 Die Barauslagen im Schiedsgerichtsprozess

I. Auslagenersatz und Auslagenkaution im ordentlichen Prozess und im Schiedsgerichtsprozess

Die Auslagen der ordentlichen Gerichte wie der Schiedsgerichte stellen einen Teil der Gesamtprozesskosten dar 66) und sind in der Regel von der kostenpflichtigen Partei bzw. von beiden Parteien im Umfang ihrer Haftung für ihnen auferlegte Gerichtskosten zu ersetzen 67). Werden diese Auslagen durch gerichtliche Handlungen im Sinne von § 201 Ziff. 2 GVG wie Zeugeneinvernahmen, Beizug von Sachverständigen, Augenscheine und andere Vorkehren im Rahmen von Beweiserhebungen verursacht, so hat im ordentlichen Prozess gemäss § 83 Abs. 1 Zürcher ZPO jene Partei bzw. haben die Parteien, in deren Interesse diese gerichtlichen Handlungen vorgenommen werden, dafür eine Kautionsleistung zu leisten 68). Diese Kautionspflicht für das Beweisverfahren wird im zürcherischen Schiedsgerichtsprozess weder von der allgemeinen Vorschrift über die Sicherstellung der Schiedsgerichtskosten gemäss § 247 ZPO erfasst noch in einer anderen Schiedsrechtsbestimmung statuiert 69). Es steht daher den Schiedsgerichtsparteien zunächst frei, im Rahmen ihrer Verfahrensautonomie durch Parteiabrede eine eigene Ordnung zu schaffen, welche tangiert die Interessen oder die Sicherung der Honorar-

65) Vgl. Stein/Jonas II. 3.a) zu § 110 DZPO; Rosenberg/Schwab S. 437.

66) Siehe oben § 6.

67) Vgl. Guldener "ZPR" S. 375; Sträuli/Messmer N 4 zu § 64.

68) Vgl. Guldener "ZPR" S. 377; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 374; Sträuli/Messmer N 2 zu § 73.

69) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 8 zu § 247.

ansprüche der Schiedsrichter - nach Mandatsübernahme nur mit deren Einverständnis gültig geschlossen werden kann. Bei fehlender Wahl einer entsprechenden Verfahrensvorschrift gelangen im Schiedsgerichtsprozess die zu den allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozessrechts zählenden Kautionsvorschriften des Sitzesrechtes sinngemäss zur Anwendung 70).

Vorschüsse für Beweiskosten im Sinne von § 83 Zürcher ZPO werden unabhängig davon erhoben, ob im ordentlichen Prozess die kautionspflichtige Partei in Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 73 ff. Zürcher ZPO oder ob im Schiedsgerichtsprozess beide Parteien in Anwendung von § 247 Zürcher ZPO bereits zu Kautionsleistungen herangezogen worden sind 71). Eine Befreiung von der Kautionsleistung im Sinne von § 203 Ziff. 1 und 2 GVG, wie sie in Prozessen vor staatlichen Gerichten für den Staat sowie die zürcherischen Gemeinden und die öffentlichen Körperschaften und Anstalten des Kantons Zürich gilt, dürfte im Schiedsgerichtsprozess nicht Platz greifen. Die Wahl des Privatgerichts oder die Einlassung vor einem solchen ziehen auch für solche Schiedsgerichtsparteien die Konsequenz der Vorschusspflicht für Barauslagen nach sich, denn es wäre den Schiedsrichtern im Hinblick auf die Sicherung ihrer Honoraransprüche auf keinen Fall zuzumuten, das Risiko der Kostentragung des Beweisverfahrens zu übernehmen, wenn eine oder gar beide Schiedsgerichtsparteien durch solche gesetzlich kautionsbegünstigte Institutionen verkörpert werden.

70) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 8 zu § 247; gemäss Art. 24 Abs. 2 Konk. sind mangels einer diesbezüglichen Bestimmung im Konkordat und vorbehältlich abweichender Parteiabrede die entsprechenden Vorschriften des Bundeszivilprozessrechtes sinngemäss anwendbar: BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Art. 151.

71) Vgl. Sträuli/Messmer N 1 zu § 83.

II. Die Androhung der Säumnisfolgen für den Fall der Nichtleistung der Kautions im ordentlichen Prozess und im Schiedsgerichtsprozess

Gemäss § 83 Abs. 1 Zürcher ZPO wird die Kautionsauflage für Barauslagen mit der Androhung verbunden, dass bei Nichtleistung als Säumnisfolge die Vornahme der gerichtlichen Handlung zum Nachteil der Kautionspflichtigen Partei unterbleibe. Wie die Kautionsregeln der §§ 73 ff. Zürcher ZPO finden die Bestimmungen über die Bevorschussung der Barauslagen ihre Ergänzung einerseits auch in der Befreiung durch Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, doch ist das Gericht gemäss § 83 Abs. 2 Zürcher ZPO andererseits auch frei, in den Verfahren gemäss § 78 Zürcher ZPO und ausnahmsweise auch in anderen Fällen auf die Erhebung eines Beweiskostenvorschusses völlig unabhängig vom Aspekt des Armenrechtes ganz oder teilweise zu verzichten 72).

Da die Regeln über das Armenrecht im Schiedsgerichtsprozess keine Geltung haben und ein gesetzlich möglicher Verzicht auf Kautionserhebung als für die Schiedsrichter unzumutbar kaum in Frage kommt, ist im Schiedsverfahren die Zulässigkeit der Androhung von Säumnisfolgen im Sinne von § 83 Abs. 1 Zürcher ZPO bei Verarmung der kautionspflichtigen Schiedsgerichtspartei unter dem Gesichtspunkt möglicher Rechtsverweigerung zu prüfen. Ueber die geeignete Form der Androhung in solchen Fällen enthalten weder die Schiedsrechtsvorschriften noch die übrigen Bestimmungen der Zürcher Zivilprozessordnung Anhaltspunkte.

Das Obergericht Zürich hat in Behandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs diese Lücke durch analoge Anwendung der allgemeinen Kautionsvorschriften des Schiedsrechtes gemäss § 369 b) alt. ZPO = § 247 rev.ZPO ausgefüllt und dabei festgehalten:

72) § 83 Abs. 2 Zürcher ZPO; Sträuli/Messmer N 4 zu § 83.

- Hinsichtlich der Sicherstellung der Kosten eines Beweisverfahrens seien die Bestimmungen von § 369 b) alt. ZPO = § 247 rev. ZPO analog anzuwenden und der Gegenpartei somit Gelegenheit zu geben, die Kosten anstelle des Kautionspflichtigen vorzuschüssen, unter der Androhung, dass sonst das Schiedsgericht nicht weiter amten würde, letzteres aber nur, wenn in der Person der kautionspflichtigen Partei die Voraussetzungen erfüllt seien, welche in Prozessen vor einem staatlichen Gericht das Recht auf unentgeltliche Prozessführung gäben 73).

Diese analoge Anwendung der allgemeinen Kautionsregeln des Schiedsrechtes auch auf den Beweiskostenvorschuss hat nicht für alle Fälle von Schiedsgerichtsverfahren schlechthin Geltung. Hätte eine kautionspflichtige Schiedsgerichtspartei die Möglichkeit, durch Nichtleistung der Beweiskautions die Einstellung der Amtstätigkeit eines Schiedsgerichtes nach bereits durchplädier-tem Prozess, zu Beginn oder während eines Beweisverfahrens zu bewirken und in diesem späten Prozessstadium die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts zu begründen, so wäre der Anspruch des Prozessgegners auf Schutz vor schikanöser Prozessführung verletzt. Dieser Umstand hat das Obergericht Zürich bewogen, die Vorschriften von § 369 b) alt. ZPO = § 247 rev. ZPO nur in jenen Fällen als analog anwendbar zu erklären:

- Wo sich die juristisch unerfahrene Schiedsgerichtspartei vor Anrufung des Schiedsgerichts bzw. bei Einlassung vor demselben der Konsequenz einer Nichtleistung der Beweiskostenkaution wegen Mitellosigkeit im schiedsgerichtlichen Verfahren nicht bewusst war oder
- wo die kautionspflichtige Partei erst während des Schiedsverfahrens verarmt und diese Verarmung zu Prozessbeginn nicht voraussehbar war.

73) ZR 39 Nr. 133 S. 298 ff.

Diese Einschränkungen der analogen Anwendbarkeit der allgemeinen Kautionsvorschriften des Schiedsrechtes setzen für deren Heranziehung also entweder juristische Unerfahrenheit bei der Wahl der privaten Rechtsprechung oder den konkreten Nachweis der Verarmung und somit der Erfüllung der Voraussetzungen für die Erlangung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss § 84 Zürcher ZPO voraus. Steht die Voraussehbarkeit der Verarmung bereits im Zeitpunkt des Prozessbeginns in Frage, so ist bei deren Bejahung, welche die analoge Anwendung der Vorschriften über die Kostenkaution im Schiedsverfahren ausschliesst, den Schiedsgerichten grösste Zurückhaltung aufzuerlegen, denn das Rechtsschutzinteresse einer verarmten Partei ist regelmässig über das Schutzinteresse ihres Prozessgegners vor schikanöser Prozessführung zu stellen. Völlig unbeachtlich wird die Bejahung der Voraussehbarkeit zu Prozessbeginn dann, wenn die mittellose Prozesspartei schon die Leistung der allgemeinen Schiedskostenkaution verweigerte und das Schiedsgericht lediglich auf Grund der ersatzweise geleisteten Kautions durch den Prozessgegner seine Amtstätigkeit aufnahm. In diesen Fällen muss der mittellosen Schiedsgerichtspartei im Rahmen der Beweiskostenkaution erneut die Möglichkeit erschlossen werden, sich durch Nichtleistung der Kautions den ordentlichen Rechtsweg und damit die Möglichkeit der Prozessführung im Armenrecht zu eröffnen, es sei denn, ihr Prozessgegner erkläre sich erneut bereit, die geforderte Kautions gegen Einräumung des Rückgriffsrechtes ersatzweise zu leisten.

In analoger Anwendung von § 247 Zürcher ZPO hat das Schiedsgericht bei Nichtleistung der Beweiskostenkaution sowohl durch die mittellose Partei wie auch durch deren Prozessgegner androhungsgemäss seine Amtstätigkeit einzustellen, womit die Schiedsgerichtsparteien mit Bezug auf diese Streitigkeit an das ordentlich zuständige Gericht verwiesen sind. Eine Beschränkung des staatlich richterlichen Tätigwerdens nur auf die Vornahme der Beweiserhebung wurde in der SJZ als möglich erachtet mit dem Hinweis:

- Es sei dem Rechtsschutzbedürfnis der mittellosen Partei dann wohl Genüge getan, wenn entsprechend den Bestimmungen über Rechtshilfegesuche an Gerichtsstellen anderer Kantone dem staatlichen Richter lediglich die Beweiserhebung übertragen werde, die er dann unentgeltlich durchzuführen hätte 74).

Zulässigkeit und Verwirklichung eines solchen Vorgehens erscheinen indessen als höchst fraglich.

1. Anbegehren von Rechtshilfe ist Inanspruchnahme fremder Amtsgewalt. Dabei ist in den Fällen von Rechtshilfe im Sinne des Konkordates über Gewährleistung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen 75) oder der Uebereinkunft über Zivilprozessrecht, abgeschlossen im Haag 76), der Mangel an Amtsgewalt in der Exterritorialität der ersuchenden Behörde begründet, während die Rechtshilfe im Sinne von § 251 Zürcher ZPO auf Grund der kraft Gesetzes fehlenden Amtsgewalt privater Schiedsgerichte zur Anwendung von Zwangsmitteln geleistet wird. Mangel an Amtsgewalt liegt aber weder aus dem einen noch aus dem anderen Grunde vor, wenn, gestützt auf geltende Schiedsrechtslehre, ein Schiedsgericht der mittellosen Schiedsgerichtspartei das Prozessieren im Armenrecht und mithin die Führung des Beweisverfahrens unter Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nicht ermöglichen kann. Zudem würde ein vollumfängliches Beweisverfahren auch gerichtliche Handlungen wie namentlich die Anordnung und das Einholen von Expertisen umfassen, welche Beweisvorkehrungen per definitionem nicht zu den eigentlichen Rechtshilfetätigkeiten zu zählen sind wie Einvernahmen von Zeugen, Befragung von Sachverständigen oder Durchführung von Augenscheinen, die Amtsgewalt erfordern. Aus diesen Gründen wird die ersuchte Behörde einem entsprechenden Rechtshilfegesuch eines privaten Schiedsgerichts mit Fug nicht Folge leisten.

74) SJZ 41 Nr. 79 S. 168 f.

75) Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen vom 26. April 1974, 8./9. November 1974, genehmigt vom Bundesrat am 15. April 1975, AS 1976 S. 1 ff.

76) Uebereinkunft über Zivilprozessrecht, abgeschlossen im Haag am 17. Juli 1905, BS 12 S. 277 ff., SR O.274.11.

2. Im weiteren erscheint es äusserst zweifelhaft, ob die dennoch eintretende ersuchte Behörde die Beweiserhebung unter Gewährung des Armenrechtes durchzuführen hätte. Diese Frage muss verneint werden, denn die Tätigkeit der Rechtshilfeinstanz erschöpft sich in der Vornahme der angebotenen Beweishandlungen. Für Entscheidungen, die in den Bereich des materiellen Prozessrechtes fallen, bleibt in aller Regel das Prozessgericht zuständig. In diese alleinige Zuständigkeit des Prozessgerichtes fällt auch die Gewährung des Armenrechtes, denn die ersuchte Behörde leistet ihre Amtshilfe nicht auf eigene Rechnung gegenüber den Prozessparteien, sondern ist gehalten, den Ersatz ihrer tatsächlichen Auslagen von der ersuchenden Behörde zu verlangen 77). Die praktische Konsequenz von Beweiserhebungen durch Rechtshilfeinstanzen unter Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wäre zudem unabsehbar, wenn etwa in einem internationalen Schiedsverfahren das zur Rechtshilfetätigkeit aufgerufene Gericht am Sitze des Schiedsgerichts unentgeltlich kostspieligste Beweisverfahren durchzuführen hätte, obwohl die betreffende Streitsache ordentlicherweise in die Zuständigkeit eines Auslandsgerichtes fiel. Die Gefahr des Missbrauchs wäre somit bei Ordnung der Frage im Sinne dieses Entscheides unüberblickbar, weshalb ein solches Vorgehen auch aus diesem Grund nicht in Frage kommen kann.

Zusammenfassend ist festzuhalten:

- Bei juristisch unerfahrenen sowie bei mittellosen Parteien, deren Verarmung bei Prozessbeginn noch nicht voraussehbar war, hat das Schiedsgericht bei Vermeidung von Nichtigkeit wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs, die Auflage eines Beweis-kostenvorschusses mit der Androhung zu verbinden, dass, analog den Vorschriften von § 247 Zürcher ZPO, das Schiedsgericht bei Nichtleistung der Kautions sowohl durch die kautionspflichtige Partei wie durch ihren Prozessgegner nicht weiter amten würde.

77) Vgl. Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen Art. 5 Ziff. 2; Haager Uebereinkunft über Zivilprozessrecht Art. 7.

- Stellt das Schiedsgericht seine Amtstätigkeit androhungsgemäss ein, so sind die Schiedsgerichtsparteien mit der betreffenden Streitsache an das ordentlich zuständige Gericht zu verweisen.

3. Kapitel: DIE SCHIEDSGEBUEHR

§ 9 Begriff und Inhalt der Schiedsgebühr

Die Prozesskosten des schiedsgerichtlichen Verfahrens haben nach der Begriffsverwendung, wie sie in § 247 Zürcher ZPO erfolgt, die Honorare und Barauslagen der Schiedsrichter und des Schiedsgerichtssekretärs zum Inhalt 1). Die Begleichung dieser Prozesskosten kann durch die Schiedsgerichtsparteien separat oder auf Grund der im Schiedsspruch enthaltenen Kostenverteilung erfolgen 2), wobei in der Praxis die Erhebung der Schiedsgerichtskosten auf Grund der Kostenverlegung im Rahmen des Schiedserkenntnisses den Regelfall bildet. Nur im letzten Fall kann daher von einer "Schiedsgebühr" im eigentlichen und strengsten Sinne des Wortes gesprochen werden; sie tritt im Schiedsspruch an die Stelle der "Gerichtsgebühr" in Urteilen ordentlicher Gerichte.

In der vorliegenden Arbeit soll unabhängig von der Art, welche von Schiedsgerichtsparteien und Schiedsgericht zur Entschädigung gewählt wird, der Begriff der Schiedsgebühr als Summe der Honorare von Schiedsrichtern und Schiedsgerichtssekretär aufgefasst werden. Dabei ist ebenfalls aus Gründen der Vereinheitlichung und der Vereinfachung zusätzlich von den Thesen auszugehen,

- dass der Schiedsgerichtssekretär nicht auf dem Wege des Auslagenersatzes des Schiedsrichters 3), sondern, weil von den Schiedsgerichtsparteien selbst ernannt, von diesen im Rahmen der Entschädigung des ganzen Schiedsgerichts direkt zu honorieren ist, und

1) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 247.

2) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 247; Sträuli/Hauser N 1 zu § 369 b).

3) Siehe oben § 6 III. 2. B); Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Sekretär kaum je von den Schiedsgerichtsparteien selbst ernannt wird. Diese geben in der Regel höchstens ihre Zustimmung zu dessen Ernennung durch das Schiedsgericht.

- dass das Schiedsgericht unter dem Titel "Schiedsgebühr" lediglich die reinen Honorare von Schiedsrichtern und Schiedsgerichtssekretär einfordert und die Barauslagen 4) unter dem Begriffe "übrige Kosten des Schiedsgerichts" berechnet.

§ 10 Der Schiedsrichter

I. Die Person des Schiedsrichters

1. "Ein Schiedsgericht steht und fällt mit der Person des Schiedsrichters" 5). Mit diesem Grundgedanken unterstreicht Gentinetta die entscheidende Bedeutung, die der Person des Schiedsrichters in der Schiedsgerichtsbarkeit beigemessen werden muss. Die Schiedsabrede als Begründung der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit und der Schiedsrichter als Entscheidungsorgan bedingen und ergänzen sich gegenseitig in der grundsätzlichen Zielsetzung jedes Schiedsgerichts, den Rechtsstreit der Schiedsgerichtsparteien zu einer schiedsgerichtlichen Erledigung zu bringen. Die Motive von Rechtssuchenden, ihren Rechtsstreit nicht durch staatliche Gerichte, sondern durch ein Privatgericht entscheiden zu lassen, werden daher stets in geringerem oder höherem Masse vom Wunsch gekennzeichnet sein, als Richter eine Privatperson zu wählen, welche als Rechtskundiger über die für den Rechtsstreit spezifisch erforderlichen Rechtskenntnisse verfügt, oder/und welche sich als Sachverständiger für die im Streite liegenden Fragen ausweist, oder/und welche sich als Vertrauensperson einer oder beider Parteien erweist. In jedem Falle der Streiterledigung durch ein Schiedsgericht wird die Qualität der schiedsrichterlichen Tätigkeit unmittelbar von der Person des Schiedsrichters abhängen. Diese Tatsache lässt die Person des Schiedsrichters auch für jene Parteien, die bei Abschluss der Schiedsabrede die Ausschaltung der staatlichen Gerichte oder andere, nicht die Person des Schiedsrichters

4) Siehe oben § 6 III. 2. A) und B).

5) Vgl. Gentinetta S. 169.

betreffende, Vorzüge der Schiedsgerichtsbarkeit im Auge hatten, zur zentralen Bedeutung werden. Die Fragen, wer Schiedsrichter sein kann 6), wie der Schiedsrichter zu bestellen 7) und welches im übrigen seine rechtliche Stellung im Schiedsrecht ist, sind somit von allgemeinem Interesse.

Ueber den Grundsatz hinaus, dass, wer Schiedsgerichtspartei ist, nicht Schiedsrichter sein kann, auch wenn sich die Parteien über den Tatbestand einig sind und lediglich die Rechtsfolgen zur Diskussion stehen 8), sei darauf hingewiesen, dass sich die neuesten Kodifikationen über Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz - das Schiedsrecht der neuen Zürcher ZPO und das Konkordat über Schiedsgerichtsbarkeit - mit Bezug auf Wählbarkeit, Bestellung und rechtliche Stellung des Schiedsrichters auf die Formulierung allgemeiner Grundsätze beschränken. Es bleibt im übrigen somit der Autonomie der Schiedsgerichtsparteien überlassen, bei der Wahl des Schiedsrichters auf die erforderlichen und gewünschten Qualitäten der zu wählenden Person abzustellen. So gewinnt die für die Schiedsgerichtsbarkeit allgemein getroffene Feststellung Schlossers, es sei Ausdruck des Liberalitätsgrades einer Gesellschaft, wie weit sie die Privatgerichtsbarkeit zulasse und nach welchen Massstäben sie diese kontrolliere 9), im besonderen auch Geltung für die Person des Schiedsrichters. Und die Richtigkeit der weiteren Feststellung Schlossers, Schiedsgerichtsbarkeit, die innerhalb der Grenzpfähle eines Staates Ausdruck liberaler Grosszügigkeit sei, werde im internationalen Rechtsverkehr zur unausweichlichen Notwendigkeit 10), wird mit Bezug auf die Person des Schieds-

6) Siehe oben I. Kapitel Anm. 63; vgl. im weiteren: Gentinetta S. 159 ff., insbesondere: S. 161 (3), S. 163 (a), (b) und (c).

7) Siehe oben I. Kapitel Anm. 61; vgl. im weiteren: Gentinetta S. 168 c) (1) und S. 171 (3).

8) Vgl. Gentinetta S. 160.

9) Vgl. Schlosser S. 7.

10) Vgl. Schlosser S. 8.

richters namentlich dort manifest, wo beispielsweise die gesetzlichen Vorschriften über die Wahlfähigkeit zum Schiedsrichter die internationale Besetzung eines Schiedsgerichts gestatten oder verunmöglichen.

2. Von der Person des Schiedsrichters aus stellt sich die Frage, welches seine Motive sind, die schiedsrichterliche Aufgabe zu übernehmen, den Rechtsstreit der Parteien zu entscheiden. Von der Feststellung ausgehend, dass ein Schiedsrichter regelmässig die Eigenschaften eines Rechtskundigen, eines Sachverständigen oder einer Vertrauensperson einer oder beider Parteien aufweisen wird, ist ein Element seiner Motive zur Annahme des Schiedsrichteramtes im beruflichen oder sachlichen Interesse sowie in der Bereitschaft zu erblicken, als Vertrauensperson einer oder beider Parteien als Schiedsrichter eine Dienstleistung zu erbringen. Diese schiedsrichterliche Tätigkeit aus beruflichem oder/und sachlichem Interesse oder/und als Dienstleistung als Vertrauensperson einer oder beider Parteien mag in vereinzelter Fällen ehrenamtlich und unentgeltlich erbracht werden. Als Regelfall hat jedoch das entgeltliche Schiedsgericht zu gelten, dessen Kosten den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bilden. In dieser Entgeltlichkeit der schiedsrichterlichen Tätigkeit ist denn auch das hauptsächlichste Element der Motive zur Uebernahme schiedsrichterlicher Aufgaben zu sehen. So ist namentlich darauf hinzuweisen, dass in der Uebernahme schiedsrichterlicher Tätigkeit bei nationalen oder internationalen Handelsstreitigkeiten mit hohen Streitwerten zumeist eine lukrative Einnahmenquelle liegt.

Zusammenfassend lassen sich die Motive von Privatpersonen zur Uebernahme eines Schiedsrichteramtes demgemäss als Interesse definieren, den Rechtsstreit der Schiedsgerichtsparteien als Rechtskundiger oder/und als Sachverständiger oder/und als Vertrauensperson einer oder beider Schiedsgerichtsparteien unter Anspruch auf Honorierung der schiedsrichterlichen Tätigkeit zu entscheiden oder entscheiden zu helfen.

3. Diese unter I. 1. und 2. oben getroffenen Feststellungen machen deutlich, wie untrennbar eng und unmittelbar die hauptsächlichsten Interessen aller Schiedsgerichtsbeteiligten - die Erwartung eines rechtlich wie sachlich richtigen Entscheides einerseits und die Uebernahme eines entgeltlichen Schiedsrichterauftrages andererseits - von der Person des Schiedsrichters abhängen und mit dessen rechtlicher Stellung verknüpft sind. Der Fragestellung "Die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses" folgend rücken daher die

- Verpflichtung der Schiedsgerichtsparteien zur Entschädigung des Schiedsrichters und der
- Rechtsanspruch des Schiedsrichters auf Honorierung der schiedsrichterlichen Tätigkeit

in den Mittelpunkt der folgenden Betrachtungen.

Demzufolge lassen sich zur Beantwortung dieser zentralen Fragen die Untersuchungen über den äusserst vielschichtigen Fragenkomplex der rechtlichen Stellung des Schiedsrichters auf nachstehende Problemkreise beschränken:

- Der Schiedsrichtervertrag und das Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichtern.
- Der Honoraranspruch des Schiedsrichters.
- Die definitive Festlegung des Schiedsrichterhonorars.
- Die Kriterien zur Bemessung des Schiedsrichterhonorars.

Diesen Erläuterungen sei jedoch die Untersuchung eines Aspektes der Schiedsrichterqualität vorangestellt, der auf Grund seiner zum Teil kontroversen Behandlung in der Literatur und zufolge seiner strengsten Beurteilung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Hinblick auf seine möglichen Auswirkungen auf die Verpflichtung der Schiedsgerichtsparteien zur Honorierung der Schiedsrichter bzw. auf deren Honoraranspruch einer exakten Ueberprüfung bedarf:

- Die Unabhängigkeit des Schiedsrichters.

II. Die Unabhängigkeit des Schiedsrichters

1. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters Art. 58

Abs. 1 BV garantiert dem Bürger den verfassungsmässigen Richter und verbietet die Einführung von Ausnahmegerichten. In dieser Bestimmung, es dürfe niemand seinem verfassungsmässigen Richter entzogen werden, ist der oberste Grundsatz aller rechtsstaatlichen Justizorganisation enthalten, das Recht des Bürgers, nur von seinem ordentlichen Richter beurteilt zu werden und somit nur vor dem Richter Recht zu nehmen, der nach der bestehenden Gerichtsverfassung allgemein für die Streit-sachen, zu denen der konkrete Rechtsstreit gehört, der zuständige ist 11). Dieser Grundsatz verleiht dem Bürger zunächst den Anspruch, in einem staatsrechtlichen Rekurs Auslegung und Anwendung kantonaler Zuständigkeitsvorschriften unter dem Gesichtspunkt der Willkür und rechtsungleichen Behandlung überprüfen zu lassen, welche Ueberprüfung das Bundesgericht nach freier Ueberzeugung vornimmt. Sodann wird aus Art. 58 Abs. 1 BV jedoch auch der Anspruch des Einzelnen abgeleitet, in freier Prüfung durch das Bundesgericht feststellen zu lassen, ob bei einer nicht willkürlich und rechtsungleich anerkannten Anwendung kantonaler Vorschriften der bundesrechtliche Anspruch auf unabhängige Beurteilung durch unparteiische Richter gewährt sei 12). Die Anforderungen, die an die unabhängige und unparteiliche Besetzung eines Gerichts geknüpft werden, ergeben sich dabei aus Gesetz und allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters und der Grundsatz der Beurteilung durch unabhängige Gerichte wurden vom Bundesgericht schon früh erkannt 13) und mit der Formulierung der Grundregel bestätigt, dass ein Richter weder in eigener noch in vertretener

11) Vgl. Fleiner/Giacometti S. 866/867; Sträuli/Messmer N 2 zu § 17.

12) Vgl. Sträuli/Messmer N 3 zu § 17 und dort zitierte Bundesgerichtsentscheide.

13) BGE 33 I 147, bestätigt in: BGE 91 I 402.

Sache Recht sprechen könne 14). Wenn diese Grundsätze zunächst auch nur staatliche Gerichte betrafen und für diese entwickelt wurden, so müssen sie doch auch für Schiedsgerichte Geltung haben, wenn diese dieselbe Gewähr für Unabhängigkeit und Unparteilichkeit bieten sollen wie die staatlichen Gerichte 15). In dieser Gewähr der unparteilichen und unabhängigen Besetzung auch von Schiedsgerichten ist denn auch erst die Rechtfertigung dafür zu erblicken, dass die schiedsgerichtlichen Erkenntnisse den Entscheidungen staatlicher Gerichte hinsichtlich Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gleichgestellt werden 16); erst die Garantie auch der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit lässt die Zulässigkeit von Privatgerichten zur verfassungsrechtlich möglichen Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit werden.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die aus Art. 58 Abs. 1 BV fliessende Garantie des verfassungsmässigen Richters - sei er nun staatlicher Richter oder Schiedsrichter - als Grundregel dem schweizerischen ordre public zuzurechnen ist, und dass die Verletzung dieses Prinzips einem Verstoss gegen die öffentliche Ordnung gleichkommt 17).

2. Begriff und Inhalt der richterlichen Unabhängigkeit

Inhaltlich umfasst die Unabhängigkeit sowohl des staatlichen Richters wie des Schiedsrichters die Begriffselemente der

- sachlichen Unabhängigkeit wie der
- persönlichen Unabhängigkeit

A) Die sachliche Unabhängigkeit

Die sachliche Unabhängigkeit als, soweit ersichtlich ungeschriebenes, weil selbstverständlich vorausgesetztes,

14) Vgl. BGE 38 I 91 ff.

15) Vgl. BGE 92 I 275 Erw. 4; Guldener ZSR 71 S. 236a).

16) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 242;
Guldener ZSR 71 S. 236a II. 1. a).

17) Vgl. Nef S. 101; Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 242;
Guldener ZSR 71 S. 237a oben.

Fundamentalprinzip des schweizerischen Gerichtsverfassungsrechtes verwirklicht sich im Fehlen jeder Art von Genehmigungsvorbehalten gegenüber den richterlichen Entscheidungen und im Fehlen jeder Form von Weisungsunterworfenheit des Richters 18). Dabei setzt das Fehlen aller Formen von Weisungsunterworfenheit nicht nur die Gewährleistung der Weisungsfreiheit im strengsten und eigentlichen Sinne voraus, sondern es ist der Richter darüberhinaus von allen Einflüssen freizuhalten, die geeignet sind, seine Rechtsfindung nach freier richterlicher Ueberzeugung zu beeinträchtigen. Mit Bezug auf die staatlichen Richter sei zum Problem der weisungsfreien Rechtsfindung immerhin darauf hingewiesen, dass sich die Justizorganisationsformen in der Schweiz strukturell zwar weitgehend als selbständig und von den anderen Staatsgewalten unabhängig darstellen, dass jedoch der durch Volkswahl zu besetzende Richterstuhl als politisches Amt der politisch motivierten Einflussnahme durch Hinweise von aussen in geringerem oder höherem Ausmasse ausgesetzt sein kann. Auf die Schiedsgerichte bezogen hat sich das Problem der Gefährdung des Grundsatzes, dass auch der Schiedsrichter sachlich unabhängig judizieren müsse, soweit ersichtlich nur im Zusammenhang mit institutionalisierten Schiedsgerichten gezeigt, die ihren Trägerorganisationen eine irgendwie geartete Form von Einwirkungsmöglichkeiten auf die schiedsrichterliche Rechtsfindung gewähren 19). Auf eine nähere Betrachtung dieser Problematik muss im Rahmen der vorliegenden Arbeit verzichtet werden, doch ist auf die Frage einzutreten, ob bei Schiedsgerichten, die auf der freiwilligen Unterwerfung durch die Schiedsgerichtsparteien beruhen, ein geringeres Mass an sachlicher Unabhängigkeit in Kauf genommen werden könne. Als verfassungsrechtlich zugelassene Alternative zu den staatlichen Gerichten sind die Schiedsgerichte gehalten, das gleiche hohe Mass an sachlicher Unabhängigkeit zu beobachten wie jene. Demzufolge kann auf die sachliche Unabhängigkeit, als einem

18) Vgl. Schlosser "Die sachliche Unabhängigkeit" S. 137 ff.

19) Vgl. Schlosser "Die sachliche Unabhängigkeit" S. 142 ff.

unmittelbar aus der Garantie des verfassungsmässigen Richters fliessenden Element der richterlichen Unabhängigkeit überhaupt, seitens der Schiedsgerichtsparteien auch nie zum voraus gültig verzichtet werden.

B) Die persönliche Unabhängigkeit

Begrifflich umfasst die persönliche Unabhängigkeit das Fehlen jeglicher, irgendwie gearteten Befangenheit des Richters. Mit Bezug auf die persönliche Unabhängigkeit der Schiedsrichter sind zwei begrifflich verschiedene Formen von Befangenheit auseinanderzuhalten:

- Die direkte oder unmittelbare Befangenheit und
- die indirekte oder mittelbare Befangenheit.

a) Von direkter oder unmittelbarer Befangenheit des staatlichen Richters wie des Schiedsrichters wird zu sprechen sein, wenn diese zu einer Partei oder zur Sache in besonderen Beziehungen stehen, welche ihre Unfähigkeit und ihren Ausschluss begründen 20) oder an die das Gesetz die widerlegbare Vermutung ihrer Befangenheit knüpft 21).

b) Von indirekter oder mittelbarer Befangenheit des Schiedsrichters wird zu sprechen sein, wenn - ohne dass der Schiedsrichter zu einer Partei oder zur Sache in besonderen Beziehungen im Sinne direkter oder unmittelbarer Befangenheit steht -, bei seiner Berufung ins Schiedsrichteramt einer Schiedsgerichtspartei eine Vorzugsstellung zukommt, oder wenn auf die für die Ernennung zuständige Drittperson Ausschluss- oder Ablehnungsgründe zutreffen 22).

20) Vgl. § 95 GVG.

21) Vgl. § 96 GVG.

22) Siehe unten 4.: indirekte oder mittelbare Befangenheit im Sinne von § 244 Abs. 4 ZPO ist sowohl dann gegeben, wenn die ernennende Drittperson Ausschluss- oder Ablehnungsgründe im Sinne von §§ 95 und 96 GVG verwirklicht, als auch, wenn sie gemäss § 244 Abs. 1 wegen vorliegendem Wahlhindernis oder gemäss § 244 Abs. 3 und 4 ZPO abgelehnt werden kann, so dass auf diese Drittperson selbst die Fälle indirekter oder mittelbarer Befangenheit auch gelten.

3. Die direkte oder unmittelbare Befangenheit des Schiedsrichters

Der Frage nach der Befangenheit des Schiedsrichters geht gemäss § 244 Abs. 1 ZPO das Recht der Schiedsgerichtsparteien voraus, Wahlbarkeitshindernisse geltend zu machen. Da die Schiedsgerichtsparteien mit den die Schiedsrichter direkt oder indirekt ernennenden Personen identisch sind, überlagern sich in der Schiedsgerichtsbarkeit Wahlanfechtung und Ablehnung. Die Verletzung der gesetzlichen Wahlbarkeitsvorschrift vom § 244 Abs. 1 Zürcher ZPO oder der von den Parteien gestützt auf diese Gesetzesbestimmung autonom aufgestellten weiteren Wahlbarkeitsvoraussetzungen ist daher, wie die Befangenheit des Schiedsrichters, auf dem Wege der Rekusation zu rügen.

Das Vorliegen direkter oder unmittelbarer Befangenheit von Schiedsrichter und Schiedsgerichtssekretär bemisst sich nach den Wertmassstäben, die für das Ausschluss- und Ablehnungsrecht staatlicher Justizbeamten gelten 23). Die materiellen Voraussetzungen für Ausschluss und Ablehnung ordentlicher Richter gemäss § 95 und 96 GVG finden dabei in gleicher Weise Anwendung auf Obmänner von Schiedsgerichten, auf Einzelschiedsrichter, auf Parteischiedsrichter und Schiedsgerichtssekretäre 24), gleichviel, ob diese von den Parteien selbst, ersatzweise vom Obergericht oder einer anderen Gerichtsinstanz oder schliesslich von Dritten, wie z. B. ständigen Schiedsgerichten selbst,

23) Vgl. § 244 Abs. 2 ZPO; Sträuli/Messmer/Wiget N 1 und 3 zu § 244; Hauser/Hauser, Vorbemerkung vor § 112, IV. und VII. sowie N 2 zu § 112 alt.GVG; Als Justizbeamte im Sinne von § 112 alt.GVG = § 95 rev. GVG haben somit auch für Schiedsrichter und Schiedsgerichtssekretäre zu gelten; vgl. im weiteren zur Geltung der allgemeinen Ausstandsregeln für Schiedsrichter und Schiedsgerichtssekretäre auch die Zivilprozessordnungen von: Aargau § 359 Abs. 1; Appenzell I.Rh. Art. 300 Abs. 1 Ziff. 3; Luzern § 367 Abs. 1; Thurgau § 217 Ziff. 4; Zug § 122 Ziff. 3; Konk. Art. 18 Abs. 1.

24) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 3 zu § 244.

oder Trägerorganisationen ernannt werden 25). Entgegen dieser strengen Ansicht haben sich im Schrifttum jedoch namhafte Autoren zur Auffassung bekannt, an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der sogenannten "Parteischiedsrichter" sei bei mehrköpfigen, aus ungerader Schiedsrichterzahl bestehenden, Schiedsgerichten, ein weniger strenger Massstab zu legen. Bei solchen Schiedsgerichten könne davon ausgegangen werden, dass seitens der Schiedsgerichtsparteien von vorneherein eine gewisse Parteilichkeit des gegnerischen Parteischiedsrichters in Kauf genommen werde 26), und dass sich die beidseitigen Befangenheiten der Parteischiedsrichter gegenseitig aufheben und es deshalb vollkommen genüge, wenn nur der Obmann, der zumeist den Ausschlag werde geben müssen, beiden Parteien gegenüber in gleicher Weise unbefangen sei 27). Dieser Auffassung kann mit Wiget jedoch keinesfalls beigepflichtet werden, "...denn diese Auffassung führt zur Sanktionierung der oft und zu Recht beklagten faktisch prekären Stellung und Einstellung des Parteischiedsrichters ("Parteivertreter im Richterkleid": ... "Zweiteilung der Richterschaft" mit "Vereinsamung des Obmanns" ... 28).

Es mag als widersprüchlich erscheinen, wenn angesichts dieser strikten Anwendung der Ausschluss- und Ablehnungsgründe auch auf die Parteischiedsrichter, die hauptsächlichliche Qualität gerade dieser Gruppe von Schiedsrichtern in ihrer Eigenschaft als Vertrauensperson der sie ernennenden Partei erblickt wird 29). Dieser einzigartige und hervorragende Wert der Schiedsgerichtsbarkeit, einen Vertrauten über seine Sache zum Richter machen zu können, kollidiert bei näherer Betrachtung jedoch keineswegs mit dem strengen Erfordernis der Gewährleistung schiedsrichterlicher Unabhängigkeit. Der Schiedsrichter

25) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 6 zu § 244.

26) Vgl. Leuch N 2 zu Art. 384.

27) Vgl. Nef S. 104.

28) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 3 zu § 244 und dortige Zitate.

29) Siehe oben § 10 I. 2.

mag wohl enger Vertrauter der ihn ernennenden Partei sein, doch kann ihn dieser Umstand nie von seiner Pflicht befreien, den Schiedsspruch auf Grund des ermittelten Tatbestandes und des vorliegenden Sachverhaltsmaterials, in Anwendung des geltenden Gesetzes und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, nach bestem Wissen und Verständnis zu fällen; auch dem Parteischiedsrichter muss strikte untersagt bleiben, die freie richterliche Ueberzeugung, die er seinem Richterspruch zugrundelegen hat, einseitiger Interessenwahrung zu opfern 30). Zusammenfassend zeigt sich klar, dass die Einschränkung oder Aufhebung der Gültigkeit des Ausschluss- und Ablehnungsrechtes für eine bestimmte Gruppe von Schiedsrichtern als mit der verfassungsmässigen Garantie auf Beurteilung durch unabhängige Richter unvereinbar ausser Frage steht, weshalb auch ein vor Ernennung der Schiedsrichter geleisteter Verzicht auf Anrufung von Rekusationsgründen als unzulässig erscheinen muss 31).

4. Die indirekte oder mittelbare Befangenheit des Schiedsrichters

Die Zürcher ZPO statuiert in § 244 Abs. 3 und Abs. 4 jene Fälle, für welche die gesetzliche und unwiderlegbare Vermutung der Befangenheit des Schiedsrichters besteht, ohne dass diese im einzelnen in concreto nachgewiesen werden müsste. Bei diesen als "indirekt oder mittelbar" bezeichneten Befangenheitsformen steht die Ablehnung wegen Vorzugsstellung einer Partei bei Ernennung des Schiedsgerichts im Mittelpunkt der nachfolgenden Betrachtungen. Der Fall von § 244 Abs. 4 Zürcher ZPO, wonach indirekte oder mittelbare Befangenheit gegeben ist, wenn auf die den Schiedsrichter zu ernennende Drittperson Ausschluss-

30) Vgl. Gentinetta, der auf das Gesetz von New York verweist, welches den "Eid" des Schiedsrichters kennt, "... that he will faithfully and fairly hear and examin the matters in controversy and make a just award according to the best of his understanding." S. 181 Anm. 426.

31) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 8 zu § 244; Guldener ZSR 71 S. 262a. Vgl. dagegen aber: Leuch N 2 zu Art. 384; Gentinetta S. 180.

oder Ablehnungsgründe im Sinne von §§ 95 und 96 GVG oder von § 244 Abs. 1, 3 oder 4 Zürcher ZPO zutreffen, kann dagegen als selten in Erscheinung tretend und von der Judikatur, soweit ersichtlich kaum behandelt, vernachlässigt werden.

Eine Vorzugsstellung einer Partei im Bestellungsverfahren gemäss § 242 Abs. 2 und 244 Abs. 3 Zürcher ZPO ist verwirklicht, wenn auf ihrer Seite hinsichtlich der ernennenden Person, der ernannten Person oder der Art und Umstände der Ernennung ein irgendwie geartetes Uebergewicht besteht. An die Wahrung des Gleichstellungsprinzips bei der Bestellung des Schiedsrichters sind umso strengere Kriterien zu knüpfen, als die Befangenheit durch besondere persönliche Beziehungen nur sehr schwer oder gar nicht nachweisbar ist. Dennoch bestehen gerade mit Bezug auf die Festlegung dieser Kriterien unterschiedliche Meinungen in Rechtsprechung und Literatur. So erfährt namentlich die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Unabhängigkeit von Schiedsgerichten, die teilweise über das zürcherische Recht hinausgeht und - wie Gentinetta sich ausdrückt - den Grundsatz der Gleichberechtigung der Parteien bis an die Grenzen des Exzesses angewendet hat 32), etwelche Kritik.

A) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Unabhängigkeit der Schiedsgerichte

Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung zur Unabhängigkeit der Schiedsgerichte namentlich auf Grund der folgenden drei Rechtsgrundlagen entwickelt:

32) Vgl. Gentinetta S. 169.

Auf Grundlage von Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 17 alt.OR
respektive Art. 20 rev.OR:

Eine ältere Schiedsrechtsauffassung des Bundesgerichtes begriff die Schiedsabrede als Figur des Privatrechts 33), weshalb bei Vorhandensein des nötigen Streitwertes gegen kantonale Entscheidungen betreffend die Gültigkeit von Schiedsverträgen die zivilrechtliche Berufung an das Bundesgericht gegeben war. Dabei wurde für die Gültigkeit von Schiedsabreden namentlich die Wahrung des dem ordre public zuzurechnenden Grundsatzes der unabhängigen und unparteilichen Beurteilung durch das vereinbarte Schiedsgericht gefordert. Verletzte die Schiedsabrede den Grundsatz der Gleichberechtigung der Parteien bei der Bestellung und Benennung der Schiedsrichter, so wurde darin ein gegen die guten Sitten verstossender Verzicht auf unabhängige Rechtsprechung erblickt, was unter dem Gesichtspunkt von Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 17 alt.OR respektive Art. 20 rev.OR die Ungültigkeit der Schiedsabrede nach sich zog 34). Heute hat sich in der Schweiz die Auffassung von der Schiedsabrede als Institut des kantonalen Prozessrechtes allgemein durchgesetzt 35), weshalb eine zivilrechtliche Berufung gegen kantonale Entscheide betreffend die Gültigkeit von Schiedsverträgen nicht mehr gegeben ist.

33) Vgl. Nef S. 101; Guldener ZSR 71 S. 237/238a; BGE 38 II 557: "Im besonderen ist gemäss der bisherigen Praxis (vergleiche AS 7 S. 755, S. 355, 27 II S. 515) davon auszugehen, dass die ordentlichen Gerichte nicht der Schiedsrichter, die Rechtsgültigkeit der vereinbarten Schiedsklausel zu prüfen haben, und dass es sich bei dieser Prüfung um eine materiell-, keine prozessrechtliche Frage handelt."

34) Vgl. Nef S. 101; Guldener ZSR 71 S. 237a/238a.

35) Vgl. Praxisänderung in BGE 41 II 536; siehe oben § 1 II.

Auf Grundlage von Art. 61 BV:

Art. 61 BV enthält den Grundsatz, dass rechtskräftige Zivilurteile, die in einem Kanton gefällt worden sind, auf dem ganzen Gebiet der Schweiz vollstreckbar sein sollen, was für alle Kantone die Verpflichtung nach sich zieht, die in anderen Kantonen ergangenen Zivilurteile zu vollstrecken. In diesem Grundsatz wird ein verfassungsmässiges Recht der Bürger im Sinne von Art. 113 Ziff. 3 BV und Art. 84 lit. a OG erblickt, das jedem Rechtssuchenden wegen Verweigerung der Vollstreckung eines in einem Kanton rechtskräftig gefällten Zivilurteils die staatsrechtliche Beschwerde einräumt 36). Anerkanntermassen fallen auch Schiedssprüche unter diese zu vollstreckenden Zivilurteile, sofern der Kanton, in welchem sie ergangen sind, die schiedsgerichtlichen Urteile hinsichtlich Rechtskraft und Vollstreckung den Urteilen staatlicher Gerichte gleichstellt. Bei der Beurteilung von auf dieser Grundlage beruhenden staatsrechtlichen Beschwerden hat das Bundesgericht in freier Prüfung erkannt, ein gemäss Art. 61 BV in der ganzen Schweiz zu vollstreckender Schiedsspruch liege nur vor, wenn er von einem Schiedsgericht ausgehe, das Gewähr für unabhängige Rechtsprechung biete 37).

Auf Grundlage von Art. 4 BV:

Die Frage nach der Unabhängigkeit des Schiedsgerichts kann sich unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV nach zwei Richtungen stellen: Bei staatsrechtlicher Beschwerde gegen einen kantonalen Entscheid betreffend die Gültigkeit einer Schiedsabrede, wenn geltend gemacht werden will, diese Schiedsabrede verletze den Rechtsgrundsatz, wonach ein die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte ausschliessender Vertrag nur gültig sei, sofern das Schiedsgericht Gewähr für unabhängige Rechtsprechung biete 38)

36) Vgl. Nef S. 99.

37) Vgl. BGE 97 I 489, 84 I 46, 81 I 328, 76 I 120, 73 I 188; Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 242.

38) Vgl. Guldener ZSR 71 S. 237a.

sowie bei erteilter Rechtsöffnung auf Grund eines Schiedsspruches, wenn geltend gemacht werden will, der Rechtsöffnungsrichter habe offensichtlich zu Unrecht angenommen, das fragliche Schiedsgerichtserkenntnis sei von einem unabhängigen Schiedsgericht gefällt worden 39). In diesen Fällen der Ueberprüfung der schiedsgerichtlichen Unabhängigkeit auf Grund von Art. 4 BV ist die Kognitionsbefugnis des Bundesgerichtes jedoch nicht frei wie bei der Ueberprüfung auf Grund von Art. 61 BV, sondern das Bundesgericht kann nur eingreifen, wenn die kantonale Vorinstanz in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht geradezu willkürlich entschieden hat. Bei dieser bundesgerichtlichen Prüfungsbefugnis allein auf Willkür der Vorinstanz werden Beschwerden auf Grund von Art. 4 BV denn auch geringe Aussicht auf Erfolg haben, da sie vom Bundesgericht selbst dann abgewiesen werden dürften, wenn das in Frage stehende Schiedsgericht zwar den in ständiger Bundesrechtsprechung zu Art. 61 BV herauskristallisierten Anforderungen für unabhängige Rechtsprechung nicht entspricht, es aber immerhin nicht geradezu willkürlich war, wenn die kantonale Vorinstanz das Gegenteil annahm.

Im Einzelnen hat das Bundesgericht namentlich in seiner Rechtsprechung zu Art. 61 BV gefunden:

a) Ein Verbandsschiedsgericht sei unzulässig für Streitigkeiten zwischen Verband und Verbandsmitglied oder zwischen Verband und Nichtmitglied, wenn das Schiedsgericht ein Verbandsorgan darstelle oder mehrheitlich vom Verband oder dessen Organen bestellt worden sei. Für Streitigkeiten zwischen Verband und Verbandsmitglied sei die Beschränkung der Schiedsrichterwahl durch eine geschlossene Liste, sogenannte Listenwahl, unter Wahrung des Gleichberechtigungsgrundsatzes jedoch zulässig 40).

39) Vgl. Nef S. 102.

40) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 2 und 5 zu § 242; Guldener ZSR 71 S. 239a 2. a); Nef S. 105.

b) Ein Verbandsschiedsgericht sei für Streitigkeiten zwischen einem Verbandsmitglied und einem Nichtmitglied unzulässig, wenn die Schiedsrichter mehrheitlich vom Verband oder aus einer berechneten Richterliste des Verbandes gewählt werden, weil das Verbandsmitglied über die Generalversammlung möglicherweise Einfluss auf die Schiedsrichterernennung nehmen könne 41). Hingegen könnten sich Verbandsmitglied und Nichtmitglied wirksam einem Schiedsrichter unterwerfen, der zwar nicht Vereinsorgan, aber Angestellter des Vereins sei, wenn sie ihn persönlich als Schiedsrichter bezeichneten und nicht als Vereinsfunktionär annähmen 42).

c) Für die Unzulässigkeit von Verbandsschiedsgerichten für Streitigkeiten zwischen Verband und Verbandsmitglied oder Nichtmitglied wie zwischen Verbandsmitglied und Nichtmitglied bilde es keinen Unterschied, ob die Schiedsrichter Verbandsmitglieder seien oder ob neutrale Personen zu wählen gewesen und Berufsrichter bezeichnet worden seien. Selbst Berufsrichter könnten sich in Streitigkeiten zwischen Verband und Verbandsmitgliedern der Auffassung der Verbandsorgane, wie das anzuwendende Verbandsrecht auslegen sei, nicht gänzlich verschliessen, und sie seien nicht in der Lage, in Streitigkeiten zwischen Verbandsmitgliedern und Nichtmitgliedern völlig unvoreingenommen zu amten 43).

d) Dem berechtigten und anerkannten Interesse der Wirtschaftsverbände, eigene Verbandsgerichte zu errichten, sei Rechnung getragen, wenn die Verbände darauf verzichteten, diese Gerichte selbst zu errichten, sondern deren Wahl durch staatliche Behörden vornehmen liessen 44).

41) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 242; Guldener ZSR 71 S. 239a 2. b); Nef S. 105.

42) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 3 zu § 242; Nef S. 105; BGE 76 I 186.

43) Vgl. Guldener ZSR 71 S. 240a 2. c): Nef S. 104/105; BGE 81 I 327, 80 I 341.

44) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 3 zu § 242; Guldener ZSR 71 S. 240a 2. d); Nef S. 108; BGE 76 I 95.

B) Kritische Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Die Bedenken, welche gegen diese bundesgerichtliche Rechtsprechung vorgebracht werden, zielen in zwei Richtungen:

a) In formeller Hinsicht erhebt namentlich Guldener folgende Einwände:

Die Bundesgesetzgebung kenne gemäss Art. 81 SchKG nur drei Fälle für die Verweigerung der Rechtsöffnung, nämlich die Unzuständigkeit des entscheidenden Gerichts, die ungenügende Vorladung der unterlegenen Partei sowie die ungenügende Vertretung der prozessunfähigen Partei. Dagegen bilde das Fehlen der richterlichen Unbefangenheit keinen Verweigerungsgrund. Daher gehe es auch nicht an, der Entscheidung eines befangenen Schiedsgerichts den Charakter eines Schiedsspruches und damit die Vollstreckbarkeit abzuspochen. Die Befangenheit eines Gerichtes habe nicht die Unbeachtlichkeit seines Urteils zur Folge, sondern das Urteil eines befangenen Gerichtes sei lediglich anfechtbar und zwar nur innerhalb der Rechtsmittelfristen. Wohl sei eine Schiedsklausel, die einer Partei eine Vorzugsstellung einräume, ungültig, was die Unzuständigkeit des darauf beruhenden Schiedsgerichts und die Anfechtbarkeit seines Verfahrens nach sich ziehe. Da jedoch anerkannt sei, dass der Schiedsvertrag dem Prozessrecht zuzuordnen sei, beurteile sich die Frage, ob ein Schiedsgericht unzuständig sei, weil es seine Tätigkeit auf Grund einer wegen Verletzung der Parität ungültigen Schiedsklausel entfaltet habe und welches die Folgen dieser Unzuständigkeit seien, primär nach Massgabe des kantonalen Rechtes, unter dessen Herrschaft das Schiedsgericht seinen Spruch erlassen habe, und nicht auf Grund (ungeschriebenen) Bundesrechtes, wie es das Bundesgericht in konstanter Praxis annehme 45).

45) Vgl. Guldener ZSR 71 S. 240a/241a 3. a).

b) In materieller Hinsicht erfährt die bundesgerichtliche Rechtsprechung namentlich folgende Kritik:

Das Bundesgericht entscheidet nach rein formalen Kriterien, ob bei einem Schiedsgericht die Parität gewahrt und sein Spruch demzufolge einem gemäss Art. 61 BV auf dem ganzen Gebiet der Schweiz vollstreckbaren Urteil gleichzustellen sei oder nicht. Dabei tritt die Prüfung der Frage, ob im konkreten Einzelfall eine tatsächliche Vorzugsstellung einer Schiedsgerichtspartei gegeben sei, fast gänzlich in den Hintergrund. Wenn das Bundesgericht für die Beurteilung der Frage, ob bei der Bestellung eines Schiedsgerichtes das Gleichstellungsprinzip gewahrt sei oder nicht, auf solch rein formale Kriterien abstellt, so mag eine Rechtfertigung für diese Haltung im Umstand begründet sein, dass die tatsächliche Befangenheit eines Schiedsrichters durch einseitige Einflussnahme einer Schiedsgerichtspartei nur sehr schwer nachzuweisen ist. So muss in den streng einzuhaltenden, klar erkennbaren formalen Kriterien als Massstab für das Vorliegen ausreichender schiedsrichterlicher Unabhängigkeit die Zielsetzung des Bundesgerichts erkannt werden, jede nur entfernt mögliche Gefährdung schiedsgerichtlicher Rechtsprechung durch mangelnde oder zumindest zweifelhafte Unabhängigkeit der Schiedsgerichte zu vermeiden. Es stellt sich nun aber gleichzeitig die Frage, ob dem Interesse an der Sicherung einer verfassungskonformen Rechtsprechung durch die Schiedsgerichte und somit der Gewährleistung höchster Rechtssicherheit im Schiedsverfahren das ebenfalls berechnete Interesse an einer möglichst realitätsbezogenen Rechtsprechung hinsichtlich der Unabhängigkeit von Schiedsgerichten zu opfern sei. So fragt sich namentlich, ob auf dem Wege der strengen formalistischen Anwendung abstrakter Kriterien bei der Beurteilung der Frage, ob im Bestellungsverfahren das Gleichstellungsprinzip der Parteien gewahrt sei, nicht andererseits Rechtsunsicherheit geschaffen wird, wie z.B., wenn das Bundesgericht glaubt, apodiktisch die Annahme treffen zu können, dass selbst erfahrene, hohe Berufsrichter, die keinerlei Beziehungen zu jenem Verband aufweisen, der sie in sein Verbandsschiedsgericht berufen hat, von vorne-

herein geneigt seien, bei ihrer Rechtsfindung einseitig die Verbandsinteressen in den Vordergrund zu stellen. Allgemein die Auffassung zu vertreten, dass sich ein Schiedsrichter meist, wenn vielleicht auch unbewusst, auf die Vorstellungen der ihn ernennenden Partei einstelle 46), hiesse denn auch die Frage aufwerfen, ob "der unbefangene Schiedsrichter" in der Rechtswirklichkeit überhaupt existiere oder ins Reich unrealistischer Wunschvorstellungen verbannt werden müsse. Wenn dem Rechtssuchenden alle Vorzüge der Schiedsgerichtsbarkeit erschlossen werden sollen, dann muss davon ausgegangen werden, dass der Schiedsrichter, bestehen keine wirklichen Ausstands- oder Ablehnungsgründe im Sinne von §§ 95 und 96 GVG oder § 244 Abs. 1,3 oder 4 Zürcher ZPO, sich seiner hohen Aufgabe, den Rechtsstreit der Parteien mit dem gleichen Pflichtbewusstsein und der gleichen Verpflichtung gegenüber Gesetz und Verfassung, wie sie für den staatlichen Richter gelten, völlig bewusst ist, und dass nicht an noch so formalistische Umstände der Makel schiedsrichterlicher Befangenheit geknüpft werden darf. Wenn aber selbst für erfahrene und hohe Berufsrichter bei rein formaler Verletzung des Gleichstellungsprinzips das Vorliegen indirekter oder mittelbarer Befangenheit angenommen werden soll, dann muss mit Guldener zu Recht darauf hingewiesen werden, dass auch die vom Bundesgericht angebotene Lösung des Problems, nämlich diese Schiedsrichter durch staatliche Behörden wählen zu lassen, kaum zu einer abschliessenden Klärung der aufgeworfenen Fragen führen wird, denn: Wenn das Bundesgericht empfehle, die Wahl ständiger Schiedsgerichte staatlichen Behörden zu übertragen, so sei damit doch nur erreicht, dass der Schiedsrichter nicht als Beauftragter des Verbandes erscheine, diesem seine Wahl nicht unmittelbar zu verdanken habe. Dass es aber für die Rechtsprechung des Schiedsgerichtes wirklich einen Unterschied begründe, ob er direkt durch den Verband ernannt worden sei oder ob zwischen Verband und Schiedsrichter ein staatliches Wahlorgan stehe, treffe nicht allgemein zu. Man könne nicht einmal behaupten, dass die Wahl des Schiedsrichters durch eine staatliche

46) Vgl. Gentinetta S. 170.

Behörde jeden Einfluss der Verbände ausschliesse, denn diese Wahl erfolge auf Antrag der Verbände, die Wahlvorschläge unterbreiten könnten, weshalb eine einseitige Einflussnahme durch diese Verbände nicht schlechthin vermieden werden könne 47).

Diesen mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kollidierenden Realitäten ist daher Rechnung zu tragen, indem für die Annahme der Verletzung des Gleichstellungsprinzips bei der Bestellung von Schiedsgerichten weniger auf formale Kriterien als vielmehr auf die konkrete Bestellung abzustellen ist.

C) Die Zürcher Schiedsrechtsauffassung zur Wahrung des Gleichstellungsprinzips bei der Schiedsrichterbestellung

Dem neuen Zürcher Schiedsrecht liegt mit Bezug auf die Frage, welche Kriterien für die Bejahung der Vorzugsstellung einer Partei im Bestellungsverfahren erfüllt sein müssen, eine von der strikten bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweichende Auffassung zugrunde. So wies bei der Beratung des § 244 V in der kantonsrätlichen Kommission der Referent der Expertenkommission darauf hin 48): Es sei ausschlaggebend, ob die Parteien selbst eine Vorzugsstellung hätten; wenn ein Verband ein Schiedsgericht bilde, bedeute das nicht ohne weiteres die Bevorzugung einer Partei im konkreten Fall 49).

Somit erscheint für die richtige Bestellung von Schiedsgerichten die Gewährleistung der effektiven nicht der formalen Gleichheit der Parteien entscheidend, und es kommt für die Annahme mittelbarer Befangenheit des Schiedsgerichts weniger auf die formale Gleichheit, als auf die effektiv konkrete Bestellung an. Die kantonsrätliche Kommission hat in ihrer Beratung zu § 244 V denn auch ihrer Auffassung Ausdruck verliehen, dass bei einem allgemein für künftige Streitigkeiten gebildeten Schiedsgericht nicht von der Bevorzugung einer Partei gesprochen werden

47) Vgl. Guldener ZSR 71 S. 247a/248a.

48) Vgl. Prot. KK S. 263 Votum Messmer.

49) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 4 zu § 242.

könne 50). Diese Ueberzeugung bringt auch Wiget mit der Feststellung zum Ausdruck, dass, wenn im Sinne von § 242 ZPO mehr Gewicht auf den konkret materiellen Sachverhalt als auf die abstrakt formale Bestellung gelegt werde, im Umstand, dass die Generalversammlung ein Verbandsschiedsgericht wähle, nicht von vorneherein eine unzulässige Bevorzugung des Verbandes im Prozess mit dem Nichtmitglied oder des Verbandsmitglieds im Prozess mit dem Nichtmitglied zu erblicken sei 51).

III. Der Honoraranspruch des befangenen Schiedsrichters

1. Ausschluss, Ablehnbarkeit und Unzuständigkeit des befangenen Schiedsrichters

Der Frage nach dem Honoraranspruch des befangenen Schiedsrichters hat eine kurze Darstellung der prozessrechtlichen Folgen schiedsrichterlicher Befangenheit vorauszugehen:

Gemäss § 244 Abs. 2 Zürcher ZPO haben Schiedsrichter, auf welche Ausschluss- und Ablehnungsgründe im Sinne direkter oder unmittelbarer Befangenheit zutreffen, in den Fällen von § 95 GVG von Gesetzes wegen den Ausstand zu beobachten, während sie in den Fällen des § 96 GVG den Ausstand entweder selbst verlangen können oder ablehnbar sind 52). Sodann kennt das Zürcher Schiedsrecht zusätzlich die Ablehnbarkeit des indirekt oder mittelbar befangenen Schiedsrichters gemäss §§ 244 Abs. 3 und 4 sowie

50) Vgl. Prot. KK S. 264, Meinung der Kommission, zusammengefasst durch den Kommissionspräsidenten.

51) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 7 zu § 242.

52) Gemäss § 98 GVG sind sowohl Parteien wie Richterkollegen legitimiert, Ablehnungsbegehren zu stellen, mithin auch alle Mitglieder von Schiedsgerichten. Dieser Umstand bringt namentlich im Schiedsgerichtsprozess den Vorteil, dass Schiedsrichter und Schiedsgerichtssekretär den Ausstand eines anderen Schiedsrichters geltend machen können, da Schiedsgerichtsparteien von einem solchen Schritt oft Abstand nehmen, weil sie Nachteile befürchten - dazu: Sträuli/Messmer/Wiget N 10 zu 244; Wsg. S. 208. Die Wirkungen des Ausstandsgesuches wie das Ausstandsverfahren sind für staatliche Richter und Schiedsrichter dieselben.

242 Abs. 2 ZPO 53). Die Verletzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes als Fundamentalregel der Schiedsgerichtsbarkeit allgemein und mithin als zwingendes Recht zieht jedoch neben der Ablehnbarkeit des unter Verstoss gegen die Parität ernannten Schiedsrichters auch die Ungültigkeit des Schiedsspruches nach sich 54). Wie die Verletzung anderer Grundregeln der Schiedsgerichtsbarkeit geben sowohl der Verstoss gegen das Gleichstellungsprinzip im Bestellungsverfahren gemäss § 242 Abs. 2 Zürcher ZPO wie auch alle Ausstandsgründe, welche die Ungültigkeit der Schiedsabrede bewirken, den Schiedsgerichtsparteien über das Ablehnungsrecht des Schiedsrichters hinaus die weitere Möglichkeit, das fragliche Schiedsgericht anzufechten, was mindestens zu Beginn des Schiedsverfahrens mittels Unzuständigkeitseinrede zu geschehen hat 55). Einleuchtend erscheint der Hinweis von Wiget, die Auffassung, wonach bei Verletzung des Gleichstellungsprinzips im Bestellungsverfahren ein Gerichtsverfassungsmangel oder ungehörige Besetzung des Schiedsgerichts vorliege, wirke unnatürlich 56).

53) Vgl. analog zu § 244 Abs. 3 Zürcher ZPO Art. 19 Abs. 1 Konk., wo ebenfalls der Ablehnungsgrund wegen indirekter oder mittelbarer Befangenheit des Schiedsrichters statuiert ist, wenn eine Partei einen überwiegenden Einfluss auf die Bestellung der Mitglieder des Schiedsgerichts ausübte.

54) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 4 zu § 242; Guldener ZSR 71 S. 241a.

55) Verletzungen schiedsgerichtlicher Grundregeln führen somit nicht zur absoluten Nichtigkeit des Schiedsverfahrens, sondern zur Anfechtbarkeit - dazu auch: Sträuli/Messmer/Wiget N 4 zu § 242 und N 10 zu § 244. Gesetz und Rechtsprechung lassen offen, welcher der beiden Rechtsbehelfe zu ergreifen sei, doch müssen richtigerweise beide Wege offenstehen - dazu auch: ZR 56 Nr. 113. Wenn in solchen Fällen das Ausstandsverfahren gewählt wird, müssen alle Beweismittel zugelassen werden wie sie im Zuständigkeitsrekurs zulässig sind, da andernfalls eine umfassende Prüfung nicht möglich wäre - Sträuli/Messmer/Wiget N 10 zu 2 244.

56) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 4 zu § 242 und dort zitierte ZR 57 Nr. 155 und ZR 50 Nr. 95.

Von Wichtigkeit ist die rechtzeitige Geltendmachung der Ablehnungsgründe. Entgegen einer früheren Auffassung des Bundesgerichtes 57) wird heute in Lehre und Rechtsprechung die Meinung vertreten, die Ausübung des Ablehnungsrechtes sei insbesondere im schiedsgerichtlichen Verfahren an die Schranke von Treu und Glauben gebunden. Daraus resultiere in erster Linie die Pflicht der Schiedsgerichtsparteien, ihre Ablehnungsbegehren zu Beginn des Verfahrens oder, bei späterem Bekanntwerden von Ablehnungsgründen, diese ohne zeitliche Verzögerung geltend zu machen 58).

So wird es denn auch als rechtsmissbräuchlich bezeichnet, wenn ein Schiedsrichter aus Gründen abgelehnt wird, die der ablehnenden Partei im Zeitpunkt der Wahl bereits bekannt waren 59). Daher muss auch eine Partei, die trotz Kenntnis eines Ablehnungsgrundes bei der Bestellung des Schiedsgerichts mitwirkt und sich vorbehaltlos auf das schiedsgerichtliche Verfahren einlässt, mit der späteren Geltendmachung dieser Ablehnungsgrundes ausgeschlossen sein 60). Darüber hinaus muss

-
- 57) Vgl. BGE 67 I 216: "War die Rechtsöffnung für das Urteil des Schiedsgerichts als im Widerspruch mit der öffentlichen Ordnung zu verweigern, so kann nichts darauf ankommen, ob sich die Rekursbeklagte in dem Verfahren vor dem Schiedsgericht eingelassen hat oder nicht. Sie konnte den Schiedsspruch abwarten und sich nachher entschliessen, ob sie sich ihm unterziehen wolle oder nicht." Bestätigt in: BGE 72 I 91 Erw. 3 und 76 I 95 Erw. 5. Vergleiche aber die angedeutete Abkehr von dieser strikten Auffassung in BGE 84 I 61 ff.
- 58) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 7 zu § 244; Hauser/Hauser N 1 zu § 116 alt.GVG; Guldener "ZPR" S. 238 ff. und ZSR 71 S. 251a ff.; Konk. Art. 20; § 99 GVG; auch: Gentinetta S. 173: "Dieser Aufhebungsgrund nimmt die Aufgabe einer nachträglichen - während des Verfahrens bei Kenntnis des Ablehnungsgrundes unter Strafe der Verwirkung bereits geltend gemachten Rekursion - mit ex-tunc-Wirkung wahr." Vgl. daselbst auch S. 180.
- 59) Vgl. Guldener ZSR 71 S. 252a; Konk. Art. 18 Abs. 3; Walder-Bohner SJZ 72 4. Abschnitt; Sträuli/Messmer/Wiget N 8 zu § 244; Hauser/Hauser N 1 zu § 116 alt.GVG.
- 60) Vgl. Guldener ZSR 71 S. 252a; Konk. Art. 18 Abs. 3; Walder-Bohner SJZ 72 4. Abschnitt; Sträuli/Messmer/Wiget N 8 zu § 244; Hauser/Hauser N 1 zu § 116 alt.GVG.

jedoch jede Verschleppung und Verzögerung des schiedsgerichtlichen Verfahrens, indem ein Ablehnungsgrund in Reserve gehalten und nicht rechtzeitig geltend gemacht wird, als rechtsmissbräuchlich erscheinen und dürfte, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen hinaus, eine Schadenersatzpflicht der fehlbaren Partei begründen.

Ein im voraus geleisteter Verzicht auf Geltendmachung von Ablehnungsgründen ist unzulässig. Gemäss § 102 Abs. 1 GVG kann nach Bekanntwerden des Ablehnungsgrundes auf dessen Anrufung jedoch gültig verzichtet werden.

2. Die Beeinträchtigung des Honoraranspruchs infolge Nichtbeachtens der Ausstandsregeln durch den Schiedsrichter

A) Fälligkeit des Honorars

In der Regel wird der Anspruch auf das ganze oder einen angemessenen Teil des vereinbarten oder üblichen Schiedsrichterhonorars fällig mit der Beendigung des Schiedsverfahrens durch Fällung des Schiedsspruches oder Abschreibung des Rechtsstreites durch schiedsgerichtlichen Erledigungsbeschluss 61). Dabei hat die materielle Rechtsbeständigkeit des schiedsgerichtlichen Erkenntnisses keinen Einfluss auf Bestand und Umfang des schiedsrichterlichen Vergütungsanspruchs. Während so die Aufhebung des Schiedsgerichtsentscheides durch spätere Nichtigkeitsbeschwerde oder durch Rekurs zu keiner Beeinträchtigung des Schiedsrichterhonorars führt, wird dieses jedoch durch das Nichtbeachten der

61) Einen im Einzelfall zu ermittelnden, den Umständen entsprechenden Anspruch auf angemessenes, anteilmässiges Honorar hat der Schiedsrichter über diese Regel hinaus in den Fällen der Beendigung des schiedsrichterlichen Auftragsverhältnisses bevor das Schiedsverfahren durch ein Schiedsgerichtserkenntnis seinen Abschluss gefunden hat, wie namentlich bei Tod des Schiedsrichters (Anspruch der Erben), Eintritt der Handlungsunfähigkeit oder anderer von den Schiedsgerichtsparteien autonom aufgestellten Wählbarkeitshindernissen in der Person des Schiedsrichters, Demission des Schiedsrichters aus anerkannt wichtigen Gründen.

Ausstandsregeln durch den Schiedsrichter in Bestand und Umfang berührt 62).

B) Der Ausstand im Schiedsrecht

Ueber die Geltung der Ausstandsregeln für ordentliche Gerichte hinaus kennt der Schiedsgerichtsprozess zusätzlich die verfahrensspezifischen weiteren Ablehnungsgründe der §§ 244 Abs.1 und Abs. 3 bzw. 242 Abs. 2 und 244 Abs. 4. Dieser Umstand und die Tatsache, dass die Verpflichtung der Schiedsgerichtsparteien auf Leistung eines Schiedsrichterhonorars einerseits, und der schiedsrichterliche Anspruch auf ein Entgelt andererseits unmittelbar von der richtigen Handhabung der Ausstandsregeln berührt werden können, erfordert für die Beantwortung der Frage, welches im einzelnen diese Auswirkungen fehlerhafter Anwendung des Ausstandsrechtes sind, die nähere Untersuchung der Ausstandsregeln im Schiedsgerichtsprozess nach folgenden Kriterien:

a) Die gesetzliche Ordnung des Ausstandes

Die vorliegende Problemstellung erfordert zunächst eine kurze Skizzierung der wesentlichsten Grundsätze des Ausstandsrechtes:

- Ein Richter, auf den ein Ausschluss- oder Ablehnungsgrund zutrifft, ist gemäss § 97 GVG gehalten, diesen Umstand ohne Verzug anzuzeigen.
- Der Anzeigepflicht des betroffenen Richters steht gemäss § 98 GVG das Recht der Parteien oder jedes Mitglieds der betreffenden Gerichtsabteilung gegenüber, während des ganzen Verfahrens Ausschluss- und Ablehnungsgründe, von denen sie Kenntnis haben, geltend zu machen.
- Wer durch Verzögerung von Begehren zusätzliche Umtriebe verursacht, wird gemäss § 99 GVG Kosten- und Entschädigungsfolgen auf sich nehmen müssen.

62) Vgl. Baumbach/Schwab S. 95 III.; Rosenberg/Schwab S. 976; Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 247, auch: N 2 zu § 245.

- Der geltend gemachte Ausstandsgrund ist vom Richter, seinem antragstellenden Richterkollegen oder von der ablehnenden Partei gemäss § 100 GVG mit schriftlichen Auskünften und Urkunden von Amtsstellen zu belegen, doch wird bei Fehlen solcher Beweismittel auf die gewissenhafte Erklärung des betroffenen Richters abgestellt. Erscheint es als angezeigt und liegen zureichende Gründe vor, so können für den Nachweis des behaupteten Ausstandsgrundes auch weitere Beweise übernommen werden.
- Das Verfahren vor einem ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Richter sowie jeder Entscheid, an welchem er mitgewirkt hat, sind, haben die Parteien nicht ausdrücklich auf den Ausstand verzichtet, gemäss § 102 Abs. 1 GVG auf dem Rechtsmittelweg anfechtbar. Bei Ablehnung des Richters wirkt diese Anfechtbarkeit jedoch lediglich vom Zeitpunkt der Stellung des Begehrens an.
- Zeigt ein Richter das Vorliegen von Ausschluss- oder Ablehnungsgründen gemäss seiner Meldepflicht nicht an, und werden diese Ausstandsgründe erst nach Eröffnung des Entscheides entdeckt, so kann gemäss § 102 Abs. 2 GVG die zur Ablehnung berechnigte Partei auf dem Rechtsmittelweg die Anhebung des Entscheides verlangen.

Mit der Neugestaltung des Zürcher Ausstandsrechtes wurde die Pflicht des vom Ausstand betroffenen Justizbeamten, seine Tätigkeit einzustellen, wie ähnlich ein solches Ausstandsgesuch auch sein möge, beseitigt. Die Verpflichtung zur Beobachtung des Ausstandes trifft ihn heute somit nur noch bei Vorliegen eines wirklichen Ausstandsgrundes. Wenn diese Änderung des Ausstandsrechtes auch den Zweck fördern mag, überflüssige Verfahrensverzögerungen durch grundlos erhobene Ausstandsbegehren zu vermeiden, so ist andererseits doch nicht zu verkennen, dass diese Neugestaltung Gefahren in sich birgt. Jeder Richter, der bei Stellung eines Ausstandsbegehrens seine Amtstätigkeit nicht niederlegt, muss sich des Risikos bewusst sein, dass seine richter-

lichen Handlungen nach späterer Gutheissung des Gesuches vom Zeitpunkt des Ausstandsantrages an anfechtbar werden 63).

b) Die Kenntnis des Ausstandsgrundes

Der Eintritt der Wirkungen, die das Gesetz an das Vorliegen von Ausstandsgründen knüpft, hängt unmittelbar von deren Kenntnisnahme durch Richter und Parteien ab. Diese ist Voraussetzung sowohl für das Aufleben der gesetzlichen Pflicht des Richters, Ausschluss- und Ablehnungsgründe anzuzeigen, wie auch des Rechts von Richterkollegen und Parteien, Ausschluss- und Ablehnungsgründe geltend zu machen. Das zeitliche Auseinanderklaffen von Kenntnisnahme und pflichtgemässer Anzeige bzw. rechtmässiger Geltendmachung von Ausstandsgründen kann insbesondere im Schiedsgerichtsprozess zu komplizierten Fragen führen, da es sich hier unmittelbar auf den Honoraranspruch des Schiedsrichters einerseits, wie auf die Verpflichtung zu seiner Entschädigung durch die Schiedsgerichtsparteien andererseits auswirkt, darüber hinaus jedoch auch die Schadenersatzpflicht der einen oder anderen Seite zu begründen, wie auch das Haftungsverhältnis unter den Schiedsgerichtsparteien für das Schiedsrichterhonorar zu beeinflussen vermag. Bevor jedoch im einzelnen auf diese Fragen eingetreten werden kann, bedürfen nachstehende Problemkreise der kurzen Betrachtung:

- Der Zeitpunkt der Kenntnisnahme und
- Anzeige und Geltendmachung im Zeitpunkt der Kenntnisnahme.

aa) Der Zeitpunkt der Kenntnisnahme

Bei der Ermittlung des genauen Zeitpunktes der Kenntnisnahme von Ausstandsgründen werden zunächst ähnliche Probleme auftauchen, wie sie einer Partei begegnen, die den Ausstand eines Richters wegen Befangenheit begehrt, welche sich nicht auf objektiv feststellbare Tatsachen abstützen lässt. So wird der genaue Zeitpunkt der Kenntnisnahme von Ausstandsgründen durch Richter und Parteien, wie jeder innere Vorgang, oftmals nur sehr schwer anhand äusserer Kriterien nachzuweisen sein. Diese Erkenntnis darf - wie wünschbar der Nachweis der Kenntnisnahme

63) Beleuchtender Bericht zur Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes, verfasst vom Regierungsrat, IV. 5.

gerade im Schiedsgerichtsprozess auch sein mag - jedoch nicht dazu verleiten, aufgrund weniger indizierender Umstände vor-schnell den Zeitpunkt der Kenntnisnahme von Ausstandsgründen durch Richter und Parteien als festgestellt anzunehmen. Es dürfte im Gegenteil analog zum Verfahren den Nachweis des Bestehens von Ausstandsgründen der mit dem Problem, den genauen Zeitpunkt der Kenntnisnahme zu ermitteln, befasste Richter 64) auf die im Gesetz genannten Beweismittel der schriftlichen Auskunft und der Urkunden von Amtsstellen sowie auf die gewissenhafte Erklärung des Abgelehnten oder zum Ausstand Verpflichteten verwiesen sein, wobei aus zureichenden Gründen die Abnahme weiterer Beweise offenstehen wird 65). Zu teilen sind die Bedenken des Kassationsgerichtes Zürich gegen einen Entscheid des Obergerichts Zürich, in welchem "kennen" mit "kennen müssen" gleichgesetzt wurde 66). Die Fragwürdigkeit dieser Auffassung und die Gefahr von Rechtsunsicherheit, die sie in sich birgt, werden namentlich dort deutlich, wo von einem Schiedsrichter, der im Sinne von § 242 Abs. 2 und § 244 Abs. 3 sowie § 244 Abs. 4 ZPO indirekt befangen ist, gefordert werden will, er "müsse" vom Vorliegen dieses Ablehnungsgrundes Kenntnis haben, da etwa die Vorzugstellung einer Partei im Bestellungsverfahren anhand des gegebenen Sachverhaltes und anderer objektiver Tatsachen

64) Z.B. jene Instanz, welche über den Ausstand zu entscheiden und jene, welche die Kosten- und Entschädigungsfolgen festzulegen hat sowie der mit der Beurteilung von Schadenersatz und Honorarstreitigkeiten zwischen Schiedsrichtern und Schiedsgerichtsparteien befasste Richter.

65) Dabei wird die Beweislast jenen Beteiligten treffen, Schiedsrichter oder Schiedsgerichtspartei, welcher Kenntnisnahme oder Eintritt in einem früheren oder späteren Zeitpunkt behauptet. Dabei können gerade im Schiedsgerichtsprozess die durch ihn behauptete spätere Kenntnis von Ausstandsgründen oder deren späterer Eintritt nicht allein auf Grund seiner "gewissenhaften" Erklärung als festgestellt gelten, sondern bedürfen des Beweises durch objektive Beweismittel.

Vgl. zum Nachweis des Ausstandsgrundes auch: Geiser S. 90.

66) Vgl. SJZ 56 Nr. 140 S. 379/381.

zumeist feststellbar sei. Schon der Unterschied zwischen bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Zürcher Schiedsrechtsauffassung zum Problem der indirekten oder mittelbaren Befangenheit zufolge Vorzugsstellung einer Partei im Bestellungsverfahren lässt es namentlich im Hinblick auf den Einsatz von Laienschiedsrichtern als höchst fragwürdig erscheinen, den Schiedsrichtern in solchen Fällen die Kenntnis von Ausstandsgründen anzulasten. Wenn von jedem Richter auch gefordert werden muss, sich vor Aufnahme amtlicher Tätigkeit über das Vorliegen von Ausschluss- und Ablehnungsgründen zu vergewissern, so muss bei der Absteckung des Rahmens, innerhalb dessen sich diese Ueberprüfung bewegen soll, doch Zurückhaltung geübt werden. Hier gerade vom Schiedsrichter ein Mehreres zu verlangen, hiesse, namentlich allen Mitgliedern von Verbandsschiedsgerichten oder sonstigen ständigen Schiedsgerichtsinstitutionen zu empfehlen, vor Aufnahme ihrer Amtstätigkeit im Sinne von § 97 GVG die Möglichkeit des Vorliegens von Ausstandsgründen anzuzeigen. Zusammenfassend ist festzustellen, dass in Fällen des Zweifels über den genauen Zeitpunkt der Kenntnisnahme von Ausstandsgründen mangels geeigneter Beweismittel wie Urkunden und dergleichen, zumeist auf die gewissenhafte Erklärung von Schiedsrichtern und Schiedsgerichtsparteien abgestellt werden muss.

bb) Anzeige und Geltendmachung im Zeitpunkt der Kenntnisnahme

Das Zürcher Ausstandsrecht geht davon aus, dass sowohl die Anzeige wie die Geltendmachung von Ausstandsgründen im Zeitpunkt ihrer Kenntnisnahme zu erfolgen haben. Diese Verpflichtung trifft Richter und Parteien nicht allein kraft zürcherischen Gerichtsverfassungsrechtes, sondern sie fliesst auch aus § 50 Zürcher ZPO, der den Prozessparteien das redliche Handeln, das Prozessieren nach Treu und Glauben zur Vorschrift macht. An die Verletzung dieser Verpflichtung hat die Rechtsprechung in jenen Fällen, wo Schiedsgerichtsparteien sich im Verlaufe des Verfahrens auf Ausstandsgründe berufen, welche ihnen schon im Zeitpunkt der Schiedsrichterbestellung bekannt waren, die Folge des Rechtsmissbrauchs und mithin der Rechtsungültigkeit

des Ausstandsbegehrens geknüpft. Allerdings bleibt damit die Frage offen, ob jede verzögerte Anzeige oder Geltendmachung von Ausstandsgründen bei Kenntnissnahme während des Verfahrens als rechtsmissbräuchlich und rechtsungültig zu behandeln ist. Das Prinzip von Treu und Glauben im Zivilprozess beinhaltet, dass, auch wenn sich eine Partei bei ihrem Vorgehen auf den Wortlaut des Gesetzes stützen kann, sie, auch wenn ihre Behauptungen, Bestreitungen und Anträge formell in Ordnung gehen, doch nicht rechtmässig handelt, wenn sie sich mit dem Gebot der Redlichkeit oder allgemein mit der Idee des Rechtes in Widerspruch stellt 67). Auf das Ausstandsrecht übertragen bedeutet das die Pflicht zum Handeln, das Gebot, als Richter den Ausstandsgrund rechtzeitig anzuzeigen oder als Partei diesen rechtzeitig geltend zu machen, wenn nicht darauf verzichtet werden will. Während jedoch im Privatrecht eine Handlung, die gegen Treu und Glauben verstösst, ein Unrecht darstellt, aus welchem der Täter nichts zu seinen Gunsten herleiten kann, und welches keinen Rechtsschutz findet, gibt es im Prozessrecht Unrechtshandlungen in diesem Sinne nicht. Dennoch beinhaltet das Prinzip von Treu und Glauben im Zivilprozess auch für das Ausstandsrecht die Verpflichtung des Richters und der Parteien, Ausstandsgründe, von denen sie Kenntnis haben, nicht in jedem beliebigen Zeitpunkt des Verfahrens anzuzeigen oder geltend zu machen, denn: "Wer in Kenntnis eines prozessualen Mangels, statt diesen zu rügen, weiterprozessiert, darf nach Treu und Glauben den Mangel dann nicht mehr zu seinen Gunsten auswerten, wenn er in der Verletzung einer Verfahrensvorschrift besteht, an deren Beobachtung kein überwiegend öffentliches Interesse vorhanden ist" 68). Dieses öffentliche Interesse ist nun aber gerade im Ausstandsrecht gegeben, weil die Verletzung der Ausstandsregeln unmittelbar auch das Recht auf den verfassungsmässigen Richter und mithin auf unabhängige und unparteiliche Beurteilung durch die Gerichte tangiert. So knüpft denn das Zürcher Ausstandsrecht

67) Vgl. Guldener SJZ 39 S. 391 Sp. 2; Sträuli/Messmer N 1 und 2 zu § 50.

68) Vgl. Guldener SJZ 39 S. 395 Sp. 1.

in § 99 GVG an die verzögerte Geltendmachung von Ausstandsgründen, trotz deren Kenntnissnahme in einem früheren Zeitpunkt, grundsätzlich nicht die Folgen des Rechtsmissbrauchs, sondern statuiert für diese Fälle die Kosten- und Entschädigungspflicht des Fehlbaren. Diesem Grundsatz dürfte durch das Prinzip von Treu und Glauben im Zivilprozess jedoch in jenen Fällen derogiert werden, wo eine Partei ihr bekannte Ausstandsgründe zum alleinigen Zweck der Verfahrensverschleppung oder eigener Vorteilsgewinnung in Reserve hält, welches Verhalten als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden muss.

c) Die Auswirkungen von Anzeige und Geltendmachung auf den Honoraranspruch, die Honorierungspflicht und die Kostenhaftung

Um die Auswirkungen angezeigter und geltendgemachter Ausschluss- und Ablehnungsgründe auf den Honoraranspruch, die Honorierungspflicht und die Kostenhaftung darstellen zu können, müssen die nachstehenden Unterscheidungen getroffen werden. Dennoch muss jeder Versuch einer solchen Darstellung als summarisches Modell aufgefasst werden, in das die konkreten Einzelfälle mit ihren Abweichungen und spezifischen Problemen eingepasst werden können.

aa) Bei Kenntnissnahme von Ausschlussgründen durch den Schiedsrichter

Bei Kenntnissnahme eines Ausschlussgrundes hat der Schiedsrichter von Gesetzes wegen unaufgefordert in den Ausstand zu treten 69). Das Verfahren und alle Entscheide, an denen er bis zu seinem Ausstand mitgewirkt hat, sind anfechtbar. Für die Beantwortung der Frage, ob und wie weit dieser Ausschluss des Schiedsrichters seinen Honoraranspruch berühre, ist folgende weitere Unterscheidung erforderlich:

69) Vgl. Geiser S. 14; Hauser/Hauser N 1 zu § 115 alt.GVG.

- Bei Verletzung der Meldepflicht trotz Kenntnisnahme:

Keinerlei Anspruch auf Honorierung seiner Bemühungen hat der Schiedsrichter, der trotz Kenntnis von Ausschlussgründen, ohne diese anzuzeigen, das Schiedsrichteramts übernimmt oder weiteramtiert. Die Verletzung der gesetzlichen Meldepflicht setzt ihn dem dringenden und kaum zu widerlegenden Verdacht aus, die Anzeige unterlassen zu haben, um des möglicherweise lukrativen Schiedsrichtersonorars nicht verlustig zu gehen. Seine auf dem Rechtsmittelwege in allen Teilen anfechtbare schiedsrichterliche Amtstätigkeit erscheint als "schuldhaft" herbeigeführte Schlechterfüllung des Schiedsrichterauftrags. Ob und in welchem Umfang dadurch auch seine Schadenersatzpflicht gegenüber den Schiedsgerichtsparteien begründet wird, muss der Abklärung und Entscheidung im konkreten Einzelfall überlassen bleiben. Bei der Ermittlung von Bestand und Umfang solcher Schadenshaftung wird bei mehrköpfigen Schiedsgerichten namentlich der Fragenkreis im Vordergrund stehen, in welchem Ausmass ein im oben umschriebenen Sinne fehlbarer Schiedsrichter gemäss § 99 GVG kosten- und entschädigungspflichtig wird. Die Beantwortung gerade dieser Frage wird im konkreten Einzelfall von grosser Wichtigkeit sein, weil sie die Kostenhaftung der Schiedsgerichtsparteien gegenüber dem Gesamtschiedsgericht unmittelbar berührt und über die Kostenverteilung zu ihrem Vor- oder Nachteil entscheidet.

- Bei Beachten der Meldepflicht nach Kenntnisnahme:

Schwieriger stellt sich das Problem der Beeinflussung des Honoraranspruchs und der Honorierungspflicht bei gesetzmässiger Anzeige des Ausschlussgrundes und pflichtgemässer Beobachtung des Ausstandes durch den Schiedsrichter im Verlaufe des Verfahrens dar. Auch in diesen Fällen der gesetzmässig erfolgten Meldung nach Kenntnisnahme des Ausschlussgrundes im Verlaufe des Prozesses wird das ganze Verfahren, an welchem der unfähige Schiedsrichter mitgewirkt hat, anfechtbar. Wie loyal und pflichtbewusst die schiedsrichterliche Amtstätigkeit

vor Kenntnis des Ausschlussgrundes 70), welcher schon seit Beginn des Verfahrens bestand, auch gewesen sein mag, so stellt sie wegen der zur Gänze gegebenen Anfechtbarkeit doch eine, wenn auch nicht "schuldhaft" herbeigeführte Nichterfüllung des Schiedsrichterauftrages dar. Da der Entdeckung des fraglichen Ausschlussgrundes jedoch mehr oder weniger umfassende wertvolle richterliche Tätigkeiten vorausgegangen sein kann, muss sich die Frage erheben, ob das Schiedsrichterhonorar noch rechtlichen und inhaltlichen Bestand habe, oder ob dem Schiedsrichter ein gänzlicher Verzicht auf Entschädigung seiner Bemühungen zugemutet werden müsse, bzw. ob die Anfechtung des bereits durchgeführten Verfahrens durch die berechnigte Schiedsgerichtspartei unter allen Aspekten rechtmässig sei. Von Gesetzes wegen kann der berechtigten Schiedsgerichtspartei nie verwehrt sein, ihr verfassungsmässiges Recht auf unabhängige Rechtsprechung wahrzunehmen und auf die Anzeige eines Ausschlussgrundes hin - mag auch behauptet werden, seine Kenntnisnahme sei erst im Verlaufe des Verfahrens erfolgt - mittels Anfechtung den bis zu diesem Zeitpunkt geführten Prozess zu Fall zu bringen. Nimmt sie dieses Recht aber nur wahr, um den Honoraranspruch des Schiedsrichters zur Gänze zu negieren oder zu ihrem alleinigen eigenen Nutzen doch erheblich einschränken zu können, so rückt sie mit dieser Handlungsweise in die Nähe des Rechtsmissbrauchs. Solches Verhalten mag prozessrechtlich wohl keinen Sanktionen unterworfen sein, doch erscheint in solchen Fällen der Honoraranspruch des Schiedsrichters unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als in seinem rechtlichen und inhaltlichen Bestand grundsätzlich geschützt. Es wird dabei dem mit der Honorarstreitigkeit befassten Richter obliegen, zu ermitteln, in welchem Umfang und anhand welcher Bemessungsgrundlagen sich das Schiedsrichterhonorar in solchen Fällen als verdient

70) Das Problem der Nichtkenntnis eines Unfähigkeitsgrundes beim Betroffenen selbst mag auf den ersten Blick als akademisch und rein theoretisch erscheinen, doch können solche Fälle bei der ausgedehnten Verwandtschaft bis zur Schwägerschaft im vierten Grade der Seitenlinie, die den Ausschluss gemäss § 95 Abs. 1 Ziff. 1 zu bewirken vermag, schneller eintreten, als man annehmen möchte.

und geschuldet darstellt. Dabei wird für seine Entscheidung insbesondere auch der Umstand von Bedeutung sein müssen, ob und inwieweit ein Ersatzschiedsgericht von der Vorarbeit des ausgeschlossenen Schiedsrichters profitieren kann, und welche Kostenersparnis den Schiedsgerichtsparteien daraus erwächst, mithin in welchem Ausmass sie durch die Tätigkeit des ausgeschlossenen Schiedsrichters als "bereichert" angesehen werden müssen. Grundsätzlich wird in Fällen der Beurteilung des trotz Anfechtbarkeit des ganzen Verfahrens zufolge späterer Kenntnissnahme vom Ausschlussgrund durch den Schiedsrichter dennoch als verdient bzw. geschuldet erscheinenden Schiedsrichterhonorars eine ähnliche Bemessungsgrundlage zu Rate zu ziehen sein wie in den Fällen, wo der Unfähigkeitsgrund erst im Verlaufe des Verfahrens eintritt. Diese Grundlage dient auch jenem Fall, wo die berechnigte Schiedsgerichtspartei bei späterer Kenntnissnahme eines Ausschlussgrundes durch den Schiedsrichter, ohne das Interesse eigener Vorteilsgewinnung oder beabsichtigter Honorarskürzung, das bereits stattgehabte Verfahren anfecht. Auch in diesem Falle wird man dem Schiedsrichter unter dem Aspekt von Treu und Glauben die Berechnigung, für seine Bemühungen - mögen sie auch eine zwar nicht "schuldhaft", jedoch faktisch immerhin bestehende Nichterfüllung des Schiedsrichterauftrages darstellen - ein angemessenes Entgelt zu verlangen, nicht absprechen können. Es muss jedoch in den Fällen gänzlicher Anfechtbarkeit zufolge späterer Kenntnissnahme des Ausschlussgrundes zwischen dem als verdient erscheinenden Honoraranspruch des Schiedsrichters und dem gleichermassen als berechnigt erscheinenden Interesse der Schiedsgerichtsparteien, durch den Ausschluss des Schiedsrichters und durch dessen Ersetzung möglichst keinen Schaden zu erleiden, ein gerechter Ausgleich gefunden werden. Die Anwendung dieses Bemessungsmodells erscheint umsomehr als gerechtfertigt, als sich der von Beginn ausgeschlossene Schiedsrichter bei späterer Entdeckung des Unfähigkeitsgrundes bis zum Zeitpunkt dieser Entdeckung als subjektiv nicht "unfähig" im Sinne von § 95 GVG betrachten musste und somit in seinem Bestreben, unabhängig und unparteilich zu amten, in keiner Weise

beeinträchtigt war. Dieser Gedanke, für den Eintritt der Gesetzesfolgen an das Vorliegen der objektiven Unfähigkeit wie der subjektiven Befangenheit abzustellen, rückt in der Schiedsgerichtsbarkeit wegen seiner entscheidenden Auswirkung auf das Schiedsrichterhonorar unvermittelt ins Zentrum der Betrachtungen. So könnte argumentiert werden, die Nichtkenntnis eines Ausschlussgrundes befähige den Richter und somit auch den Schiedsrichter, subjektiv unbefangen und unparteilich zu amten, womit der ratio legis des Ausschlussrechtes Genüge getan sei und die unwiderlegbare gesetzliche Vermutung von Befangenheit, die an das Vorliegen von Ausschlussgründen geknüpft wird, für das Verfahren vor Kenntnis des Unfähigkeitsgrundes doch als widerlegt betrachtet werden könne. Das hohe öffentliche Interesse an unabhängiger Rechtsprechung und der Umstand, dass die Kenntnisnahme von einem Ausschlussgrund sich immer als innerer Vorgang darstellen wird, und es demzufolge kaum je gelingen kann, den genauen Zeitpunkt dieser Kenntnisnahme durch äussere Umstände oder Dokumente nachzuweisen, sondern dafür stets auf die "glaubhafte" Erklärung des Betroffenen abzustellen sein wird, verbieten es jedoch, die Anfechtbarkeit der schiedsrichterlichen Amtstätigkeit diesfalls auf den Zeitpunkt ab "behaupteter" Kenntnisnahme des Unfähigkeitsgrundes durch den Schiedsrichter zu beschränken.

- Bei Eintritt des Ausschlussgrundes im Verlaufe des Verfahrens:

Bei Eintritt der Unfähigkeit im Verlaufe des Verfahrens 71) steht dem Schiedsrichter ein anteilmässiges Honorar bis zum Eintritt des Ausschlussgrundes zu. Wie weit er sich Abzüge gefallen lassen muss, weil durch seine Ersetzung Umtriebe und Kosten entstehen, wird dem vernünftigen Interessenausgleich im konkreten Einzelfalle vorbehalten sein. Doch kann sich die Frage des Schadenersatzes durch den Schiedsrichter stellen, wenn er im Verlaufe des Schiedsrichteramtes die Unfähigkeit

71) Beispielsweise durch Eintritt von Verwandtschaft im Sinne von § 95 Abs. 1 Ziff. 1 GVG.

selbst herbeigeführt hat 72). Wie bei allen anderen Ausstandsgründen ist der Schiedsrichter auch beim Eintritt eines Ausschlussgrundes gehalten, gemäss § 97 GVG rechtzeitig Anzeige zu erstatten. Verletzt er diese Pflicht, so erwächst ihm für die Tätigkeit nach Eintritt des Unfähigkeitsgrundes kein Honoraranspruch.

bb) Bei Kenntnis von Ablehnungsgründen durch den Schiedsrichter

Bei Kenntnis von Ablehnungsgründen steht es dem Schiedsrichter frei, seine Ablehnung den Schiedsgerichtsparteien anheimzustellen oder selbst den Austritt zu beobachten. Im letzteren Fall wird sein Ausstand jedoch erst durch die Bewilligung der zuständigen Behörde rechtswirksam. Auch bei Vorliegen von Ablehnungsgründen hängen die Auswirkungen auf Honoraranspruch und Honorierungspflicht vom Verhalten des Schiedsrichters ab:

- Bei Verletzung der Meldepflicht durch den Schiedsrichter:

Die Verletzung der Meldepflicht hat beim Vorliegen von Ablehnungsgründen, die erst nach Eröffnung des Endurteils entdeckt werden, die Anfechtbarkeit des ganzen Verfahrens zur Folge, indem die Aufhebung des Entscheides auf dem Rechtsmittelweg verlangt werden kann. Die solchermassen "schuldhaft" herbeigeführte Nichterfüllung des Schiedsrichterauftrags führt zum Erlöschen des Honoraranspruchs. Wird die Verletzung der Meldepflicht während des Verfahrens schon entdeckt, so erscheint jene Amtstätigkeit, die nach Kenntnisnahme des Ablehnungsgrundes durch den Schiedsrichter noch geleistet wurde, als anfechtbar. Die Rechtsgültigkeit der Amtstätigkeit vor dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme begründet demzufolge grundsätzlich den Honoraranspruch des Schiedsrichters, da dieser Teil seiner schiedsrichterlichen Tätigkeit als richtige Erfüllung des Schiedsrichterauftrages zu werten ist. Wie weit sich der anteilmässig entstandene Honoraranspruch bei der gleichzeitig begründeten

72) Wenn sich der Schiedsrichter im Verlaufe des Verfahrens im Sinne von § 95 Abs. 1 Ziff. 4 regalisieren lässt.

Schadenersatzpflicht des Schiedsrichters für Umtriebe und Kosten seiner allfälligen Ersetzung allerdings realisieren lassen wird, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalles ab.

- Bei Beachten der Meldepflicht nach Kenntnisnahme:

Erfolgt auf die Anzeige eines Ablehnungsgrundes seitens der Parteien ein Ablehnungsbegehren, das von der zuständigen Behörde geschützt wird, so entsteht der Honoraranspruch des Schiedsrichters bis zum Zeitpunkt des gestellten Ablehnungsbegehrens. Wählt ein Schiedsrichter bei Vorliegen eines Ablehnungsgrundes aus freien Stücken den Austritt, so erwächst sein Honoraranspruch bis zum Zeitpunkt der Bewilligung seines eigenen Ausstandsgesuches durch die zuständige Behörde. Kein Anspruch auf Honorar hat der Schiedsrichter jedoch für jene schiedsrichterliche Tätigkeit, die in eine Zeit nach Stellung des Ablehnungsbegehrens fällt, wenn der Schiedsrichter das Risiko auf sich genommen hat, trotz Ablehnung weiterzuarbeiten, und die zuständige Behörde das Ablehnungsgesuch später gutgeschrieben hat. Diesfalls werden die Verfahrenshandlungen ab Ablehnungsbegehren anfechtbar.

cc) Bei Kenntnis von Ausschlussgründen durch eine oder beide Schiedsgerichtsparteien

Gelangt ein Ausschlussgrund während des Verfahrens zur Kenntnis einer oder beider Schiedsgerichtsparteien, so ist bei gleichzeitiger Unkenntnis des Schiedsrichters wie oben unter aa) beschrieben vorzugehen. Auch hier ist zwischen trotz nicht "schuldhaft" herbeigeführter Nichterfüllung des Schiedsrichterauftrags ein angemessener Interessenausgleich zwischen dem als berechtigt erscheinenden Honoraranspruch des Schiedsrichters und dem Interesse der Schiedsgerichtsparteien auf Vermeidung von Mehrkosten ein gerechter Ausgleich zu suchen. Im höherem Ausmass zu schützen ist der Honoraranspruch des Schiedsrichters allerdings dort, wo eine Partei die Geltendmachung des bekannten Unfähigkeitsgrundes verzögert und den ahnungslosen Schiedsrichter weiterarbeiten lässt. Greift die Partei in der Folge

dennoch nach dem Rechtsmittel der Anfechtung in einem späteren Zeitpunkt, so wird sie dem Schiedsrichter für die Zeit zwischen Kenntnissnahme und Begehrensstellung voll für dessen Honoraranspruch haften müssen und läuft darüber hinaus Gefahr, diesem gegenüber auch eine Schadenshaftung zu begründen. Solches Verhalten wird sich auch unmittelbar auf das interne Haftungsverhältnis der Schiedsgerichtsparteien für das Schiedsrichterhonorar auswirken. So wird die fehlbare Partei gemäss § 99 GVG nicht nur zur Gänze die Honorarkosten, die durch die Verzögerung zusätzlich entstanden sind, allein zu tragen haben, sondern sie wird sich auch mit einem Entschädigungsanspruch der Gegenpartei und darüber hinaus möglicherweise mit einem Schadensersatzanspruch konfrontiert sehen.

dd) Bei Kenntnissnahme von Ablehnungsgründen durch eine oder beide Schiedsgerichtsparteien

Wie bereits unter bb) ausgeführt, hat die Geltendmachung von Ablehnungsgründen nach bejahendem Entscheid durch die zuständige Behörde die Anfechtbarkeit der schiedsrichterlichen Tätigkeit vom Zeitpunkt der Stellung des Ablehnungsbegehrens an zur Folge. Somit entsteht bis zu jenem Zeitpunkt der Anspruch auf ein anteilmässiges Honorar des Schiedsrichters. Die verzögerte Stellung eines Ablehnungsbegehrens hat der Schiedsrichter nicht zu unterliegen. Doch wie ist dies schuldhaft verzögerte und verspätete Stellung des Ablehnungsbegehrens durch eine Schiedsgerichtspartei im internen Haftungsverhältnis der Schiedsgerichtsparteien für das Schiedsrichterhonorar berührt.

C) Kasuistik

In der Literatur sowie namentlich der Zürcher Gerichte hat sich folgende Praxis zum Problem schiedsrichterlicher Befangenheit herauskristallisiert:

- Keine Befangenheit des Schiedsrichters könne hergeleitet werden aus der Beziehung zwischen Schiedsrichter und Parteianwalt 73) sowie aus dem Umstand, dass der Schiedsrichter mit dem Anwalt der ihn ernennenden Partei Kanzleigemeinschaft habe 74).
- Dagegen hat das Bundesgericht erkannt, dass ein Schiedsrichter, dessen Frau in der Anwaltskanzlei des Rechtsvertreters der ihn ernennenden Partei arbeite, einen Ausstandsgrund setze 75).
- "Keine Ablehnbarkeit eines Schiedsrichters deswegen, weil er Konkurrent einer Partei ist und durch den Prozess Einblick in das Geschäft gewinnen kann" 76).
- Unfähig im Sinne von § 95 GVG ist der Sekretär eines Schiedsgerichts, der in der gleichen Sache als Gerichtsschreiber des erstinstanzlichen Schiedsgerichts mitgewirkt hat 77).
- Ablehnbarkeit wurde in einem Fall angenommen, wo der Präsident und Sekretär des gegnerischen Verbandes als Schiedsrichter amtierten und übrigens mit dem Rekursionsgegner verfeindet waren 78).

73) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 11 zu § 244; ZR 56 Nr. 113 S. 240 sp. 1.

74) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 11 zu § 244.

75) Vgl. BGE 92 I 271 ff.

76) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 11 zu § 244; Geiser S. 87 l.; Hauser/Hauser N 2 zu § 113 alt.GVG; ZR 11 Nr. 142 S. 236; ähnlich für Sachverständige: ZR 52 Nr. 155 S. 255.

77) Vgl. ZR 37 Nr. 23 S. 41; Hauser/Hauser N 16 zu § 112 alt.GVG.

78) Vgl. Geiser S. 87 3. b); ZBJV 57 S. 516 f., insbesondere: S. 517.

- "Wer für eine von mehreren miteinander beklagten Krankenkassen Rechtsschriften verfasst oder vorbereitet, die dann den anderen Beklagten als Muster dienen, hat diesen Rat erteilt und kann deshalb vom Kläger abgelehnt werden, wenn ihn beklagte Kassen für diesen Prozess als Schiedsrichter bezeichnen" 79).
Wenn es sich im vorliegenden Fall auch nicht um ein privates, sondern um ein gesetzliches Schiedsgericht und gesetzliche Schiedsrichter handelt, so ist doch davon auszugehen, dass in ähnlichen Fällen bei einem privaten Schiedsgericht die Ablehnbarkeit der Schiedsrichter unter den gleichen Gesichtspunkten ebenfalls zu bejahen wäre.
- "Eine Partei darf ihren Anwalt, der in der Streitsache schon gehandelt und/oder sie beraten hat, nicht in das Schiedsgericht entsenden" 80).
- Summarische Unterrichtung des Schiedsrichters durch den Parteivertreter vor Annahme des Mandats ist nicht zu beanstanden, da für den Entschluss zur Uebernahme oder Ablehnung des Mandats erforderlich 81).
- Begründet erscheint ein Ablehnungsgesuch gemäss § 95 Ziff. 3 GVG bei einem Kollegium, in welchem je ein Mitglied sowohl den Standpunkt der einen Partei vertritt, wie auch zusammen mit dem Obmann an der Prozessleitung und der Urteilsfällung teilnimmt 82).

79) Vgl. Geiser S. 87 2.; Hauser/Hauser N 5 zu § 113 alt.GVG; ZR 47 Nr. 119 S. 265.

80) Vgl. ZR 64 Nr. 14 S. 37.

81) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 11 zu § 244 und dort zit. nicht veröffentlichter ZK-Entscheid.

82) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 11 zu § 244 und dort zit. nicht veröffentlichter ZK-Entscheid.

§ 11 Das receptum arbitri

I. Begriff und Problematik

Als receptum arbitri werden in der vorliegenden Arbeit die Summe aller Rechtsbeziehungen zwischen den Schiedsgerichtsparteien und dem Schiedsrichter, die Gesamtheit aller Aspekte ihres gegenseitigen Rechtsverhältnisses, verstanden. Die Fragestellung der vorliegenden Arbeit nach den Kosten des Schiedsgerichtsprozesses rückt dabei jene Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter ins Zentrum des Interesses, die als obligatorische Aspekte des receptum arbitri zu bezeichnen sind. Sie umfassen die wesentlichsten Inhalte des Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter, nämlich die Verpflichtung des Schiedsrichters, den Rechtsstreit der Parteien zu entscheiden oder entscheiden zu helfen einerseits, und die Pflicht der Schiedsgerichtsparteien, den Schiedsrichter dafür zu entschädigen, andererseits. Diese Pflicht zur Honorierung besteht im Zweifel immer, d.h. wenn zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter nicht ausdrücklich die Unentgeltlichkeit der schiedsrichterlichen Tätigkeit vereinbart wurde 83). Die Frage nach der begrifflichen Erfassung und inhaltlichen Umschreibung der obligatorischen Aspekte des receptum arbitri ist aufs engste verknüpft mit der Frage nach dessen Rechtsnatur. Der Widerstreit der Meinungen und Theorien ist mit Bezug auf die Rechtsnatur des receptum arbitri noch weit verwirrender und vielschichtiger als der Streit um die Rechtsnatur der Schiedsabrede. Von einer gefestigten Lehrmeinung, die sich allgemein durchgesetzt hätte, kann im Gegensatz zum Theorienstreit um die Rechtsnatur der Schiedsabrede nicht gesprochen werden. Es zeigt sich aber, dass namentlich die zürcherische Schiedsrechtslehre die Tendenz aufweist, von der überwiegenden und herkömmlichen Auffassung, das receptum arbitri sei schlechthin privatrechtlicher Natur, abzurücken und

83) Vgl. Stein/Jonas/Schlosser vor § 1025 III. 1. und 2.

das Problem einer differenzierteren rechtstheoretischen Betrachtung zuzuführen. Grundsätzlich sei zunächst jedoch darauf hingewiesen, dass jede Untersuchung über die Rechtsnatur des *receptum arbitri* insofern lediglich theoretischen Wert besitzt, als ihr Ergebnis letztlich zu keiner unterschiedlichen Behandlung der praktisch wichtigen Fragen nach dem Honoraranspruch des Schiedsrichters bzw. der Honorierungspflicht der Schiedsgerichtsparteien sowie nach der Schadenersatzpflicht des Schiedsrichters wegen Pflichtverletzung bzw. der Schiedsgerichtsparteien aus ihrem Verhältnis zum Schiedsrichter zur Folge haben wird.

Sowohl das Schrifttum, das die privatrechtliche Natur des *receptum arbitri* vertritt, wie dasjenige, das es als prozessrechtlich begreift, stossen bei der Verfolgung ihrer Theorien auf Schwierigkeiten.

So begegnen den Verfechtern der privatrechtlichen Natur der Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter namentlich folgende Hindernisse:

Sie nehmen zunächst an, das *receptum arbitri* werde als ganzes oder mindestens mit Bezug auf seine obligatorischen Aspekte stets durch einen eigentlichen Schiedsrichtervertrag oder ein vertragsähnliches privatrechtliches Verhältnis ausgefüllt. Die genaue Analyse der möglichen Formen von Schiedsrichterernennung zeigt jedoch, dass in ganz bestimmten Fällen der Ernennung ein Konsens zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter als Voraussetzung für das Zustandekommen eines privatrechtlichen Vertrages gemäss Art. 1 ff. OR nicht vorliegt und somit die Konstruktion eines eigentlichen Schiedsrichtervertrages in diesen Fällen fehlschlagen muss. Sodann vertreten sie die Ansicht, der Schiedsrichter nehme die Stellung einer Privatperson ein und diese sei rein privatrechtlicher Natur. Damit lehnen sie die Auffassung ab, beim Schiedsrichteramt handle es sich um ein prozessuales Amt und der Schiedsrichter übe obrigkeitliche Funktionen aus. Das führt zur Schwierigkeit, die als privatrechtlich behauptete Stellung des Schiedsrichters mit dessen

prozessgesetzlicher Ermächtigung zur Streiterledigung sowie anderen öffentlichrechtlichen Einflüssen in Einklang zu bringen, wie namentlich: die Unterworfenheit des Schiedsrichters unter ein prozessgesetzliches Disziplinarrecht und die daraus fließende Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses respektive das Recht zur Zeugnisverweigerung als Amtsperson, die Anwendbarkeit des Ausstandsrechtes für den Schiedsrichter, seine Bindung an den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine strafgesetzliche Gleichstellung mit staatlichen Beamten bezüglich des Verbots der Bestechlichkeit und der Annahme von Geschenken.

Auf der anderen Seite führt die Auffassung von der prozessrechtlichen Natur des receptum arbitri angesichts des Umstandes, dass der Honoraranspruch des Schiedsrichters bzw. die Honorierungspflicht der Schiedsgerichtsparteien sowie die Schadenersatzpflicht des Schiedsrichters wegen Pflichtverletzung bzw. der Schiedsgerichtsparteien aus ihrem Verhältnis zum Schiedsrichter, die in den Prozessgesetzen regelmässig nicht oder lediglich in Form von Rahmenbestimmungen statuiert sind, ihrer Natur nach jedoch privatrechtlicher Beurteilung bedürfen, zu theoretischen Schwierigkeiten. Eine Problemlösung, indem die Regelung dieser praktisch wichtigen Fragen Nebenverträgen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter vorbehalten sein soll, vermag nicht zu befriedigen und führt oft zu keinem Ergebnis, da in vielen praktischen Fällen solche Nebenverträge nicht geschlossen werden. Ueber diese Schwierigkeit aber hilft auch die kategorische Feststellung Guldener's nicht hinweg: "Der Schiedsrichter hat Anspruch auf ein Honorar, auch wenn ihm kein solches durch privatrechtliches Rechtsgeschäft zugesichert worden ist" 84).

84) Vgl. Guldener "ZPR" S. 585.

II. Die Modalitäten des Ernennungsaktes und seine Wirkungen

1. Die Ernennungsarten

Bei der Darstellung der verschiedenen Arten der Schiedsrichterernennung lassen sich zunächst folgende Ernennungsgrundsätze unterscheiden:

- Ernennung auf Grund vertraglicher Ernennungsordnung;
- Ernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung und
- Ersatzernennung durch die vom Gesetz als zuständig bezeichnete gerichtliche Behörde.

A) Ernennung auf Grund vertraglicher Ernennungsordnung

Die Ernennung der Schiedsrichter richtet sich in erster Linie nach Parteivereinbarung 85). Auf Grund dieser Gestaltungsfreiheit, die als wesentlicher Grundsatz der Schiedsgerichtsbarkeit in allen Prozessgesetzen ausdrücklich erwähnt ist oder konkludent zum Ausdruck gelangt, sind folgende Ernennungsmodelle möglich:

- Ernennung eines Einzelschiedsrichters durch die Schiedsgerichtsparteien gemeinsam;
- Ernennung eines oder einer gleichen Anzahl von Schiedsrichtern durch jede der Schiedsgerichtsparteien, mit oder ohne Vorschriften über Bezeichnung und Bestellung eines Obmannes durch die Schiedsrichter und
- Ernennung des Schiedsgerichts durch einen von den Parteien gewählten Dritten 86).

85) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 242; Schuppisser S. 50; vgl. im weiteren die Prozessgesetzbestimmungen: Aargau § 358 Abs. 1; Appenzell A.Rh. Art. 268 Abs. 1; Appenzell I.Rh. Art. 300 Abs. 1; Glarus Art. 354; Luzern § 365; Thurgau §§ 216 und 217; Uri § 250 Abs. 3; Zug §§ 121 Abs. 1 und 122; Zürich § 242 Abs. 1; Konk., Art. 10 und 11 und DZPO § 1028.

86) Nicht voll ausgeschöpft werden können die Möglichkeiten der privatautonomen Gestaltung von Ernennungsmodellen bei Schiedsverträgen auf Grund des luzernischen Prozessgesetzes, das in § 365 die Vorschrift enthält, dass der Schiedsvertrag u.a. die Schiedsrichter bezeichnen und nebst den Parteien von den Schiedsrichtern und einem allfälligen Obmann unterzeichnet sein muss.

Für den Fall, dass die Bildung des Schiedsgerichts auf Grund eines dieser vereinbarten Ernennungsmodelle nicht gelingt, sind die Parteien berechtigt, eine von den gesetzlichen Ergänzungsvorschriften abweichende Ersatzernennungsordnung zu vereinbaren 87). So werden zur Mithilfe bei der Bildung von Schiedsgerichten seitens der Schiedsgerichtsparteien denn auch häufig andere als die vom Prozessgesetz bezeichnete Gerichtsbehörde, wie etwa Gerichtspräsidenten anderer kantonaler Gerichte, Handelsgerichte und Handelsgerichtspräsidenten etc. als Ergänzungsernennungsbehörden gewählt und mit der Ersatzernennung betraut 88). Die zwischen den Schiedsgerichtsparteien vereinbarten Ernennungsordnungen sowie die Bezeichnung der Ersatzernennungsbehörde kann sowohl in der Schiedsabrede enthalten sein, wie auch Gegenstand einer separaten späteren Vereinbarung bilden 89).

B) Ernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsvorschriften

Für den Fall, dass die Parteien darauf verzichten, Zahl und Art der Ernennung von Schiedsrichtern in der Schiedsabrede oder einer späteren Vereinbarung vertraglich festzulegen, sogenannte "Blankoschiedsklausel", stellen die meisten Prozessgesetze Ergänzungsernennungsordnungen auf. Dabei kennen die meisten Gesetze das auch von der ZPO Zürichs in § 243 Ziff. 1 statuierte Ernennungsmodell, wonach jede Partei berechtigt ist, einen Schiedsrichter zu ernennen, sogenannte "Parteischiedsrichter", und diese dann gemeinsam einen Obmann zu wählen haben 90).

87) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 243; Konk. Art. 12.

88) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 8 zu § 243.

89) Vgl. Konk. Art. 11 Abs. 1.

90) Vgl. Appenzell A.Rh. Art. 268 Abs. 1; Appenzell I.Rh. Art. 300 Ziff. 1; Glarus Art. 354 Ziff. 1; Thurgau § 217 Ziff. 1; Uri § 250 Abs. 3; Zug § 122 Ziff. 1; Zürich § 243 Ziff. 1; Konk. Art. 11 Abs. 3 bestimmt, dass jede Partei eine gleiche Anzahl von Schiedsrichtern zu wählen habe; DZPO § 1028 und Aargau § 358 bestimmen, dass bei Fehlen einer vereinbarten Ernennungsordnung jede Partei einen Schiedsrichter zu ernennen habe und schweigen sich über die Bestellung des Obmannes aus.

- C) Ersatzernennung durch die vom Gesetz als zuständig bezeichnete gerichtliche Behörde

In der Regel sehen die Prozessgesetze für den Fall, dass die vereinbarte Ernennungsordnung oder, wenn eine Vereinbarung über die Schiedsrichterernennung fehlt, die gesetzliche Ergänzugsordnung nicht zur Bildung des Schiedsgerichts geführt haben, die Möglichkeit der Ersatzernennung durch eine gerichtliche Behörde 91) vor.

Gemäss § 243 Ziff. 2 Zürcher ZPO nimmt das Obergericht auf Antrag die Schiedsrichterernennung vor, wenn eine Partei die ihr obliegende Wahl unterlässt, sich die Parteien nicht auf den gemeinsam zu ernennenden Schiedsrichter einigen können oder eine Verständigung zwischen den Parteischiedsrichtern über die Wahl des Obmannes unmöglich war 92). Legitimiert zur Antragstellung sind:

-
- 91) Ersatzernennungsbehörden sind: Aargau § 358 Abs. 2: Obergerichtspräsident; Appenzell A.Rh. Art. 268 Abs. 1 und 2: Obergerichtspräsident; Appenzell I.Rh. Art. 300 Ziff. 2: Kantonsgerichtspräsident; Glarus Art. 354 Ziff. 1: Präsident des Gerichts, das in erster Instanz zuständig wäre; Thurgau § 217 Ziff. 2: Rekurskommission des Obergerichts; Uri § 250 Abs. 3: Obergericht; Zug § 122 Ziff. 1: Justizkommission des Obergerichts; Zürich § 243 Ziff. 2 und 3: Obergericht; Konk. Art. 12: Unter Vorbehalt abweichender kantonaler Regelung gemäss Art. 45 Abs. 2 das obere ordentliche Gericht des Kantons, in welchem das Schiedsgericht seinen Sitz hat - Art. 3 Abs. 1 lit. a); DZPO §§ 1029 Abs. 2 und 1031: Das zuständige Gericht, nämlich das Amtsgericht oder das Landgericht, welches die Parteien in Anwendung von § 1045 Abs. 1 bezeichnet haben, in Ermangelung einer solchen Bezeichnung das Amts- oder Landgericht, das für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde; Luzern kennt eine Ergänzungsordnung nur, wenn in einer Schiedsklausel Zahl und Namen der Schiedsrichter nicht genannt sind; in solchen Fällen wird schliesslich zur Ersatzernennung der Gerichtspräsident zuständig.
- 92) Vgl. bezüglich der Voraussetzungen für die Ersatzernennung: Aargau § 358 Abs. 2 und 3; Appenzell A.Rh. Art. 268 Abs. 1 und 2; Appenzell I.Rh. Art. 300 Ziff. 2; Glarus Art. 354 Ziff. 1; Luzern § 366 Abs. 1 - 4; Thurgau § 217 Ziff. 2; Uri § 250 Abs. 3; Zug § 122 Ziff. 1; Zürich § 243 Ziff. 2 und 3; Konk. Art. 12 und DZPO §§ 1029 Abs. 2 und 1031.

- Die Schiedsgerichtspartei, die ihre Wahlbefugnis ausgeübt hat bei Säumnis des Prozessgegners innert angemessener Frist;
- beide Schiedsgerichtsparteien, wenn sie sich nicht über den gemeinsam zu wählenden Schiedsrichter einigen können und
- die Schiedsgerichtsparteien und die Schiedsrichter, wenn sich diese über die Wahl des Obmannes nicht verständigen konnten.

Im weiteren steht gemäss § 243 Ziff. 3 Zürcher ZPO die Wahl des Schiedsrichters dem Obergericht zu, wenn ein von den Schiedsgerichtsparteien gemeinsam bestimmter Schiedsrichter die Wahl abgelehnt hat oder seinen Auftrag nicht erfüllt, sofern nach dem Sinn der Schiedsabrede der Schiedsvertrag nicht erlischt, sondern das Schiedsverfahren auch unter diesen Umständen durchzuführen ist. Bei der in diesen Fällen notwendigen Erforschung des Parteiwillens ist ausschlaggebend, ob das Hauptinteresse der Schiedsgerichtsparteien in der Ausschaltung der staatlichen Gerichte oder aber in ihrem Wunsche begründet lag, ihren Rechtsstreit von der Person des Ernannten beurteilt und entschieden zu sehen.

Ueber den Wortlaut von § 243 Zürcher ZPO hinaus ist das Obergericht zur Vornahme der Ersatzernennung jedoch auch in folgenden weiteren Fällen zuständig:

Lehnt die in der vereinbarten Ergänzungsordnung zur Vornahme der Schiedsrichterernennung gewählte Ersatzernennungsbehörde ihre Wahl ab, so ist fraglich, ob das Obergericht diesfalls ohne weiteres für die Ersatzernennung zuständig ist. Zur Entscheidung dieser Frage ist vielmehr der Wille der Schiedsgerichtsparteien dahin zu prüfen, ob die Parteien mit der privaten Bezeichnung einer Ersatzernennungsbehörde die Schiedsrichterernennung durch das Obergericht ausschliessen wollten oder nicht 93).

Schliesslich stellt sich die Frage, ob das Obergericht zur Ersatzernennung zuständig ist, wenn ein als Ernennungsorgan

93) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 8 zu § 243 und dortige Entscheide.

gewählter Dritter diese Wahl ablehnt oder nach angenommener Wahl den Ernennungsauftrag nicht erfüllt. In solchen Fällen scheitert die Bildung des Schiedsgerichts - ähnlich dem Fall von § 243 Ziff. 3 Zürcher ZPO - aus Gründen, deren Behebung nicht in der Macht der Parteien oder Parteischiedsrichter liegt. Es ist daher auch in diesen Fällen analog zum Vorgehen in § 243 Ziff. 3 Zürcher ZPO zu prüfen, ob die Schiedsabrede erlösche, oder ob das Obergericht zur Wahlvornahme zuständig sei, weil das Hauptinteresse der Schiedsgerichtsparteien in der Durchführung des Schiedsverfahrens und nicht in der Ernennung der Schiedsrichter durch das gewählte Ernennungsorgan lag 94).

2. Berechtigung und Verpflichtung zur Schiedsrichterernennung

A) Wahlrecht und Wahlpflicht der Schiedsgerichtsparteien

Die Schiedsgesetze übertragen das Recht, die Schiedsrichter zu wählen, vorab und in erster Linie den Schiedsgerichtsparteien. Ihr Wahlrecht ist jedoch von der Verpflichtung begleitet, die Ernennung der Schiedsrichter tatsächlich auch vorzunehmen. So zieht die Unterlassung der Wahl für die säumige Partei zunächst den Verlust der Möglichkeit nach sich, auf die personelle Besetzung des Schiedsgerichts direkten Einfluss zu nehmen. Darüber hinaus kann die Weigerung einer Schiedsgerichtspartei, die ihr obliegende Wahl des Schiedsrichters vorzunehmen, jedoch auch ein rechtswidriges Verhalten darstellen und als Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben die Schadenersatzpflicht des Säumigen nach sich ziehen. Das ist insbesondere dort der Fall, wo mit der Nichtvornahme der Schiedsrichterernennung

94) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 11 zu § 243.

nennung Verfahrensverzögerungen bezweckt wurden 95). Der Verpflichtung, an der Bildung des Schiedsgerichtes durch Vornahme der Schiedsrichterernennung mitzuwirken, ist auch jene Partei nicht enthoben, die einen ungültigen oder unklaren Schiedsvertrag abgeschlossen hat. In solchen Fällen müssen beide Schiedsgerichtsparteien zur Konstituierung des Schiedsgerichts beitragen, um für dieses die Möglichkeit zu schaffen, die Gültigkeit der Schiedsabrede zu prüfen und einen Kompetenzentscheid zu fällen 96). Dagegen schützt Art. 59 BV einen aufrecht stehenden Beklagten mit Wohnsitz in der Schweiz vor dem Zwang, an der Bildung eines Schiedsgerichtes, das über eine gegen ihn erhobene persönliche Ansprache zu entscheiden hat und nicht der Hoheit seines Wohnsitzkantons untersteht, mitwirken zu müssen, falls kein Verzicht auf die Garantie von Art. 59 BV geleistet wurde.

B) Wahlrecht und Wahlpflicht der Parteischiedsrichter

Berechtigung und Verpflichtung der Parteischiedsrichter zur Wahl des Obmannes fliessen aus zwei verschiedenen, voneinander streng zu trennenden, Rechtsgrundlagen: Sind die Parteischiedsrichter auf Grund einer zwischen den Schiedsgerichtsparteien vertraglich vereinbarten Ernennungsordnung bestellt worden und enthält diese Vereinbarung auch ihre Ermächtigung zur Ernennung des Obmannes, so ist dieses Wahlrecht als privatrechtliche Vertretungsbefugnis zu begreifen. Während in

95) Es ist dabei der Ansicht entgegenzutreten, es handle sich dabei um eine gegenseitige, aus dem Schiedsvertrag fließende Verpflichtung der Schiedsgerichtsparteien, zur Ernennung der Schiedsrichter Hand zu bieten: Guldener "ZPR" S. 47: Die Ernennung der Schiedsrichter sei vielmehr eine prozessuale Last. Keine Partei brauche einen Schiedsrichter zu bezeichnen, müsse aber gewärtigen, dass er obrigkeitlich ernannt werde, wenn sie ihn nicht bezeichne; Sträuli/Messmer/Wiget N 4 zu § 243; ZR 53 Nr. 57 S. 134: Dieses (das Schiedsgericht) hat es in der Hand, bei der Festsetzung der Prozessentschädigung die im Zusammenhang mit dem Streit um die Schiedsrichterbestellung entstandenen Bemühungen zu berücksichtigen.

96) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 6 zu § 243; ZR 53 Nr. 57 S. 131.

diesem Falle die Schiedsgerichtsparteien ihr Wahlrecht durch Vollmachterteilung auf die Parteischiedsrichter übertragen, ist das Recht zur Ernennung des Obmannes gemäss § 243 Ziff. 1 Zürcher ZPO als prozessuale Wahlbefugnis aufzufassen. In diesem Falle ist die Entstehung der Ernennungsbefugnis nicht auf die Bevollmächtigung durch die Parteien zurückzuführen, sondern die Wahlbefugnis entsteht von Gesetzes wegen, wenn die gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind. Ob eine Blankoschiedsklausel, welche die gesetzliche Ergänzungsordnung zur Anwendung gelangen lässt, konkludent auch die Uebereinstimmung der Schiedsgerichtsparteien beinhaltet, die auf Grund dieser Ergänzungsordnung gewählten Parteischiedsrichter seien zur Ernennung des Obmannes nicht nur von Gesetzes wegen befugt, sondern auch im privatrechtlichen Sinne als dazu bevollmächtigt zu betrachten, muss offen bleiben und ist im konkreten Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln; die Konstruktion erscheint jedoch als reichlich überspitzt und ist daher eher abzulehnen. Das durch privatrechtliche Ermächtigung übertragene Wahlrecht wie die durch das Gesetz zugewiesene Wahlbefugnis ziehen für die Parteischiedsrichter die Verpflichtung zur Ernennung des Obmannes nach sich, bei Folge von Schadenersatzpflicht, wenn durch Verzögerung oder Nichtvornahme der Wahl für die Schiedsgerichtsparteien Umtriebe und Unkosten entstehen.

C) Wahlrecht und Wahlpflicht der gesetzlichen Ergänzungsernennungsbehörde

Wahlrecht und Wahlpflicht der gesetzlichen Ergänzungsernennungsbehörde entstehen bei Erfüllung bestimmter, gesetzlich umschriebener Voraussetzungen. Eine Bevollmächtigung der Behörde durch die antragstellende Schiedsgerichtspartei, beide Schiedsgerichtsparteien oder die Parteischiedsrichter ist nicht erforderlich und bleibt wirkungslos. Obwohl die Ergänzungsernennungsbehörde die Wahl des Schiedsrichters oder Obmannes anstelle der säumigen Partei, beider Parteien oder der Parteischiedsrichter vornimmt, kommen Wahlrecht und Wahlpflicht kraft Gesetzes zur Entstehung, und die Ersatzernennung erfolgt kraft prozessualer

Verpflichtung. Der Antrag einer Schiedsgerichtspartei, beider Schiedsgerichtsparteien oder der Parteischiedsrichter auf Vornahme der Ersatzernennung schafft nicht die Ernennungsbefugnis der Behörde, sondern ist lediglich als eine der gesetzlich geforderten Voraussetzungen zur Entstehung der Ernennungsbefugnis aufzufassen 97). Es verbietet sich somit die Annahme, die Ergänzungsernennungsbehörde handle bei der Ersatzernennung als Vertreter oder Mandatar der Antragstellenden 98). Zuständig und verpflichtet zur Ersatzernennung ist die Behörde mit Bezug auf Schiedsgerichte, die ihren Sitz im Geltungsbereich des die Ergänzungsernennungsbehörde bezeichnenden Prozessgesetzes haben 99). Ihr Wahlbeschluss wird von Wiget nicht als Justizverwaltungsgeschäft 100) oder als Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit, sondern als eine Art Zwangsvollstreckungsanordnung zur Erfüllung des Schiedsvertrages aufgefasst, gegen die eine Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist 101).

- 97) Vgl. Guldener "ZPR" S. 585: Die Befugnis der zuständigen Behörde, nötigenfalls einen Schiedsrichter zu ernennen, sei eine gesetzliche Nebenwirkung des Schiedsvertrages. Eines rechtsgeschäftlichen Willens der Parteien, die zuständige Behörde zur Wahl des Schiedsrichters zu ermächtigen, bedürfe es nicht. Ebensowenig brauche der Behörde Vollmacht erteilt zu werden, als Vertreterin der Parteien einen privatrechtlichen Auftrag zu erteilen; Schuppisser S. 63: "Diese Voraussetzungen sind gesetzliche Voraussetzungen, bei deren Vorhandensein von Gesetzes wegen nicht kraft vertraglicher Delegation Recht und Pflicht für die Ernennung der betreffenden staatlichen Behörde entstehen."
- 98) Vgl. Schuppisser S. 63: Antragsstellung zur Ersatzernennung sei immer gesetzliche Voraussetzung für dieselbe. Damit sei die Ansicht abzulehnen, dass die ernennende Behörde die Stelle eines Mandatars der antragstellenden Partei einnehme.
- 99) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 243.
- 100) Vgl. im Gegensatz dazu: Schuppisser S. 64: Er lehnt die Auffassung ab, dass die Ersatzernennung auf vollstreckbarem Titel des Schiedsvertrages beruhe, wie Fehr annehme. Es handle sich dabei vielmehr um eine Amtshandlung, die in die Verwaltungstätigkeit des Richters falle.
- 101) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 7 zu § 243.

D) Wahlrecht und Wahlpflicht des Dritten und der gewillkürten Ergänzungsernennungsbehörde

Bevollmächtigte Dritte und Gerichtsinstanzen, die kraft Gesetzes zur Ersatzernennung weder zuständig noch verpflichtet sind, von den Parteien aber gleichwohl als Ergänzungsernennungsbehörden bezeichnet werden, üben das Wahlrecht als Vertreter der Schiedsgerichtsparteien aus. Dabei obliegt den Gerichtsinstanzen, die sich bei der Mithilfe zur Bildung von Schiedsgerichten nicht streng auf ihre Zuständigkeit beschränken, die Verpflichtung, wegen des Gebots rechtsgleicher Behandlung die Anhandnahme von Ernennungsgesuchen stets gleich zu behandeln 102). Keine Regeln enthalten im allgemeinen die Prozessgesetze darüber, wie vorzugehen ist, wenn der als Ernennungsorgan gewählte Dritte trotz angenommener Wahl den Ernennungsauftrag nicht ausführt. In solchen Fällen ist das Vorliegen privatrechtlicher Schadenshaftung anzunehmen und wird jeweils im konkreten Einzelfall abzuklären sein.

3. Die Perfektion des Ernennungsaktes und die Entstehung des receptum arbitri

Mit der Perfektion des Ernennungsaktes gelangt das receptum arbitri zur Entstehung, wird die Kompetenz des Schiedsrichters begründet, seine richterliche Tätigkeit rechtswirksam zu entfalten. Die Ermittlung des genauen Zeitpunktes, in welchem die Schiedsrichtere Ernennung perfekt wird, ist daher von einiger Wichtigkeit.

Für die Perfektion des Ernennungsaktes ist das Mit- und Zusammenwirken verschiedener Ernennungsbeteiligter und die Vornahme verschiedener Ernennungshandlungen erforderlich. An der Ernennung beteiligt sind

- der Ernennende,
- der Ernannte und allenfalls
- der Empfänger einer Ernennungsanzeige,

102) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 8 zu § 243.

und ihnen obliegt die Vornahme

- des Wahlaktes,
- der Wahlannahme und allenfalls
- Erstattung und Empfang der Wahlanzeige.

A) Die Perfektion des Ernennungsaktes auf Grund vertraglich vereinbarter Ernennungsordnungen

Vertraglich vereinbarte Ernennungsmodelle wie

- Ernennung des Einzelschiedsrichters durch die Schiedsgerichtsparteien gemeinsam,
- Ernennung eines oder einer gleichen Anzahl von Schiedsrichtern durch jede der Schiedsgerichtsparteien, mit oder ohne Vorschriften über Bezeichnung und Bestellung eines Obmanns durch die Parteischiedsrichter,
- Ernennung des Schiedsgerichts durch einen von den Schiedsgerichtsparteien gewählten Dritten und
- Ersatzernennung durch vertraglich ermächtigte Ergänzungsernennungsbehörden

beinhalten nicht nur privatrechtliche Vertretungsverhältnisse und Vollmachtserteilungen, sondern tragen mit Bezug auf ihre Wirkung zwischen den Schiedsgerichtsparteien auch den Charakter von Prozessverträgen. Diese stellen wechselseitige Verpflichtungen der Schiedsgerichtsparteien dar, sich auf gemeinschaftlich bzw. auf Grund gegenseitig eingeräumter Vertretungsmacht zu ernennende Schiedsrichter festzulegen sowie sich mit der Wahl von Schiedsrichtern durch die bevollmächtigten Parteischiedsrichter, Dritte und Ergänzungsernennungsbehörden einverstanden zu erklären. Die unmittelbare prozessuale Wirkung vertraglich vereinbarter Ernennungsmodelle liegt somit in der Bindung der Schiedsgerichtsparteien an die gemeinsam getroffene Schiedsrichterwahl und die vereinbarte Ernennungsordnung, deren Rückgängigmachung und Aenderung demzufolge nur noch gemeinsam vereinbart werden kann 103).

103) Vgl. Schwab S. 505.

Bei gemeinschaftlicher Schiedsrichterernennung durch die Schiedsgerichtsparteien ist folgende Unterscheidung zu treffen: Ist der Schiedsrichter in der Schiedsabrede namentlich bezeichnet oder erfolgt der Wahlakt der Parteien nach abgeschlossenem Schiedsvertrag, so wird die Ernennung mit Wahlannahme durch den Ausgewählten perfekt. Haben die Schiedsgerichtsparteien vor Abschluss der Schiedsabrede mit dem in Aussicht genommenen Schiedsrichter Kontakt aufgenommen und von ihm die Erklärung erwirkt, eine allfällige Wahl nehme er an, so wird der Ernennungsakt mit Abschluss der Schiedsabrede perfekt.

Bei vereinbarter Uebertragung der Ernennungsbefugnis auf Parteischiedsrichter, Dritte oder private Ergänzungsernennungsbehörden wird die Ernennung nach ausgeführtem Wahlakt des Ernennungsbeauftragten und der Erklärung der Wahlannahme durch den Ernannten perfekt. Solange von der Ernennungsbefugnis durch Vornahme des Wahlaktes noch nicht Gebrauch gemacht worden ist, besteht die Bindung der Schiedsgerichtsparteien darin, dass der Ernennungsbeauftragte gemeinsam bevollmächtigt ist und ein Widerruf oder eine Aenderung dieser Vollmacht nur noch durch beide Schiedsgerichtsparteien zusammen erfolgen kann. Die Frage, ob die Perfektion des Ernennungsaktes auch in diesen Fällen der Wahlanzeige durch den Ernennenden oder Ernannten an die Schiedsgerichtsparteien bedürfe 104), ist nach Auffassung von Schwab zwar zweifelhaft, sei aber wohl zu bejahen 105). Diese Ansicht kann indessen nicht geteilt werden. Nach den gesetzlichen Regeln über die Stellvertretung kommen die rechtlichen Beziehungen zwischen Vertretenem und Drittem, der mit dem Bevollmächtigten ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, sofort zustande. Wenn zudem bei einem vertraglich vereinbarten Ernennungsmodell als Prozessvertrag die prozessuale Hauptwirkung in der Bindung der Schiedsgerichtsparteien an diese vereinbarte Ernennungsordnung liegt, bedarf es für die Verbindlichkeit des Wahlaktes und der Wahlannahme und mithin auch der vollzogenen Schiedsrichterernennung nicht zusätzlich der Mit-

104) Siehe unten B).

105) Vgl. Schwab S. 505.

teilung an die Schiedsgerichtsparteien. Somit erfüllt in diesen Fällen der Ernennung auf Grund vertraglicher Vereinbarung eine vorgenommene Wahlanzeige nicht die ratio gesetzlich vorgeschriebener oder in Rechtsprechung und Schiedsrechtsauffassung als notwendig erachteter Mitteilung der Ernennung an die Schiedsgerichtsparteien, nämlich ein Kriterium für die Ermittlung des genauen Zeitpunktes zu schaffen, in welchem die Verbindlichkeit des Wahlaktes für beide Schiedsgerichtsparteien eintritt. Die Notwendigkeit einer Wahlanzeige sei unbestritten, weil dadurch den Schiedsgerichtsparteien die Person des Schiedsrichters bekannt gemacht und ihnen die Möglichkeit eröffnet wird, allfällig vorhandene Wählbarkeitshindernisse oder Ausstandsgründe mit den geeigneten Rechtsbehelfen zu rügen. Einer solchen Wahlanzeige darf diesfalls jedoch nicht der Charakter einer Bedingung für die Perfektion des Ernennungsaktes zukommen.

B) Die Perfektion des Ernennungsaktes bei Ernennung von Parteischiedsrichtern auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung

Die gesetzliche Ergänzungsordnung von Zürich sieht zunächst vor, dass bei Fehlen einer vereinbarten Ernennungsordnung jede Partei einen Parteischiedsrichter zu ernennen habe. Im Gegensatz zu § 1030 DZPO kennt der § 243 Zürcher ZPO jedoch keine Vorschrift, der Gegenpartei sei die Vornahme des Wahlaktes anzuzeigen. Dennoch entspricht es seit langem ständiger Rechtsprechung des Obergerichts Zürich und zürcherischer Schiedsrechtsauffassung, dass für die ernennende Partei die Bezeichnung ihres Parteischiedsrichters im Zeitpunkt der Mitteilung an die Gegenpartei verbindlich werde (106). Von diesem Zeitpunkt an kann die Schiedsgerichtspartei, die gewählt hat, ihren Wahlakt nicht mehr rückgängig machen. Diese Bindung muss als prozessuale Hauptwirkung der Wahlanzeige an die Gegenpartei betrachtet werden, weshalb die dem Prozessgegner mitgeteilte Bezeichnung des ausgewählten Schiedsrichters als

106) ZR 29 Nr. 63 S. 186 Sp. 1; Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 243.

Prozesshandlung zu begreifen ist. Die Wahlanzeige an die Gegenpartei allein genügt jedoch nicht für die Perfektion des Ernennungsaktes. Dafür ist neben Wahlakt und Wahlanzeige auch die Wahlannahme durch den Schiedsrichter erforderlich. Erfolgt die Wahlanzeige vor der Wahlannahme des Ausgewählten, und nimmt dieser die Wahl später nicht an, so wird damit die Verbindlichkeit des angezeigten Wahlaktes aufgehoben, und die betreffende Schiedsgerichtspartei kann zu einem neuen Wahlakt schreiten. Liegen Wahlakt und Wahlannahme zeitlich vor der Wahlanzeige, so ist anzunehmen, dass zwischen der ernennenden Schiedsgerichtspartei und dem von ihm als Schiedsrichter Ausgewählten eine vertragliche Bindung entsteht, die für den Ernennenden u.U. eine Ersatzpflicht nach sich zieht, wenn dieser seiner Verpflichtung, den Wahlakt und die Wahlannahme der Gegenpartei mitzuteilen, nicht nachkommt und dadurch das Schiedsrichteramt nicht zur Entstehung gelangt.

- C) Die Perfektion des Ernennungsaktes bei Wahl des Obmannes durch Parteischiedsrichter, die auf Grund der gesetzlichen Ergänzungsordnung ernannt wurden, und bei Ersatzernennung durch die gesetzliche Ergänzungsernennungsbehörde

Haben die auf Grund einer gesetzlichen Ergänzungsordnung gewählten Parteischiedsrichter die Wahl eines Obmannes getroffen, so wird die Ernennung durch Wahlannahme des Ernannten perfekt 107). Eine Wahlanzeige der Parteischiedsrichter oder des gewählten Obmannes an die Schiedsgerichtsparteien ist in diesem Falle nicht Bedingung für das Zustandekommen der Ernennung. Das gleiche gilt für die Fälle von Ersatzernennung durch die gesetzlichen Ergänzungsernennungsbehörden.

Im einen wie im anderen Falle genügt die prozessuale Ernennungsbefugnis der Parteischiedsrichter und gesetzlichen Ergänzungsernennungsbehörden, um die Perfektion des Ernennungsaktes ohne Mitteilung an die Schiedsgerichtsparteien zu

107) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 243.

bewirken. Daran ändert auch nichts, dass die gesetzliche Ersatzernennung auf Antragstellung einer Partei, beider Schiedsgerichtsparteien oder der Parteischiedsrichter hin erfolgt, denn - wie bereits oben erwähnt 108) - stellt diese Antragstellung lediglich eine gesetzliche Voraussetzung für das Wirksamwerden der Ernennungsbefugnis dar.

III. Receptum arbitri und Schiedsrichtervertrag

"Receptum arbitri" und "Schiedsrichtervertrag" werden in der Schiedsrechtsterminologie allgemein synonym verwendet, ohne dass Rechenschaft darüber abgelegt wird, ob es sich dabei tatsächlich um kongruente Begriffe handle. Zieht man die Ergebnisse der Untersuchungen über die Modalitäten des Ernennungsaktes und seine Wirkungen zu Rate, so müssen sich ernste Zweifel stellen, ob das receptum arbitri als Summe der einzelnen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter immer und in allen Teilen durch einen Schiedsrichtervertrag im eigentlichen Sinne des Vertragsbegriffes abgedeckt wird. Stellt man für das Zustandekommen eines Vertrages auf den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen aller Vertragsbeteiligten ab, so ist für die Entstehung eines Schiedsrichter-V E R T R A G E S die Beteiligung beider Schiedsgerichtsparteien und des Schiedsrichters am Vertragsschluss unerlässliche Voraussetzung. Durch welche Umstände und in welcher Form sich Beteiligung und Mitwirken am Vertragsschluss auch verwirklichen mögen, immer stellen sie die Kriterien für die Beurteilung der Frage dar, ob ein Schiedsrichter-V E R T R A G entstanden sei, und ob er sich inhaltlich und mit Bezug auf den Zeitpunkt seiner Entstehung und Wirkung mit dem receptum arbitri decke. Von der Beantwortung dieser Fragen wird wiederum wesentlich abhängen, ob ein allfälliger Schiedsrichtervertrag bezüglich seiner rechtlichen Natur dem Privatrecht, dem öffentlichen Recht oder gleichzeitig beiden Rechtsgebieten zuzuordnen sei.

108) Siehe oben 1. C).

1. Das Zustandekommen des Schiedsrichtervertrages

A) Bei Ernennung auf Grund vertraglich vereinbarter Ernennungsordnung

Die Prozessgesetze knüpfen an die Schiedsabrede das Wahlrecht der Schiedsgerichtsparteien. Die Vornahme der Schiedsrichterernennung trägt zunächst den Charakter eines prozessrechtlichen Aktes 109). Öffentlich-rechtlicher Natur sind daher auch die zwischen den Schiedsgerichtsparteien vertraglich vereinbarten Ernennungsordnungen, durch welche die Ausübung ihres Wahlrechts und mithin die Art und Weise der Bestellung und der Bezeichnung des Schiedsrichters modifiziert werden 110). Daneben beinhalten die vertraglichen Ernennungsordnungen jedoch immer auch privatrechtliche Vertretungsverhältnisse, welche auf Grund der einseitiger Bevollmächtigung der Schiedsgerichtsparteien unter sich oder der Bevollmächtigung Dritter die Ernennung des Schiedsrichters zu Stande kommen lassen. Schiedsgerichtsparteien bewirken. Somit kann in den Fällen der Ernennung auf Grund vereinbarter Ernennungsordnungen davon ausgegangen werden, dass zwischen beiden Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter ein eigentlicher Schiedsrichter-VERTRAG zustande kommt. Dessen Inhalt ist hier der Abschluss des Schiedsrichtervertrages mit der Entscheidung der Parteien über die Ernennung des Schiedsrichters.

109) Vgl. Schuppisser S. 62: Wie die Rechtsordnung dem Einzelnen zur Bestellung der ordentlichen Gerichte ein Wahlrecht verleihe, so gebe sie ihm in diesem Falle ein subjektives öffentliches Recht zur Wahl eines für einen bestimmten Rechtsstreit mit Gerichtsbarkeit ausgestatteten Rechtsschutzorgans. S. 66: "Als Bestätigung des staatsrechtlichen Wahlrechtes bildet die Ernennung durch die Parteien einen einseitigen staatsrechtlichen Akt."; Zah S. 37 unten, spricht von einem einseitigen öffentlich-rechtlichen Ernennungsakt; Vischer "Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz" S. 113, nimmt einen staatsrechtlichen Ernennungsakt an; Gressly S. 36: Die Ernennung gehöre zu demjenigen organisatorischen Recht, das die vollstreckbare Festlegung des Rechts ordne. Sie sei somit prozessrechtlicher Natur. Da sie die durch Private ausgeübte Rechtsprechung regle, gehöre sie zum Privatrecht und sei somit ein privatrechtliches prozessuales Rechtsgeschäft.

110) Vgl. Gressly S. 38 3. und dort Anm. 7 zit. BGE.

aktes zusammen. Es sind die gleichen Ernennungshandlungen der gleichen Ernennungsbeteiligten, die das receptum arbitri durch die Perfektion des Ernennungsaktes zur Entstehung gelangen lassen und gleichzeitig den Abschluss des Schiedsrichtervertrages, mindestens in Form eines Rahmenvertrages, herbeiführen 111).

Einwendungen dagegen, dass bei jeder Form vertraglich vereinbarter Ernennung ein eigentlicher Schiedsrichtervertrag geschlossen werde, erhebt Schuppisser. Wohl räumt er die Möglichkeit ein, dass bei gemeinschaftlicher Schiedsrichterernennung durch beide Schiedsgerichtsparteien ein eigentlicher Schiedsrichtervertrag entstehen könne, doch wendet er gegen das Zustandekommen eines Vertrages bei Ernennung durch die bevollmächtigte Schiedsgerichtspartei oder durch bevollmächtigte Dritte folgendes ein: Eine Bevollmächtigung zur Schiedsrichterernennung müsste, sollte den Schiedsgerichtsparteien nicht die Möglichkeit belassen sein, jederzeit die Bildung des Schiedsgerichts durch Widerruf der Vollmacht zu vereiteln, unwiderruflich sein. Art. 34 Abs. 2 OR verbiete aber einen im voraus geleisteten Verzicht auf den Widerruf einer Vollmacht. Die Ungültigkeit eines solchen Verzichtes verunmögliche daher bei Ernennungsformen auf Grund vertraglich vereinbarter Ernennungsordnungen die Konstruktion eigentlicher Schiedsrichterverträge 112). Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass gemäss Art. 34 Abs. 2 OR ein im voraus geleisteter Verzicht auf den Widerruf einer Vollmacht zwar ungültig ist, gleichzeitig aber

111) Schwab S. 509: Schwab geht davon aus, durch den Abschluss des Schiedsrichtervertrages werde die Schiedsrichterernennung perfekt. Das mag dort richtig sein, wo das receptum arbitri begrifflich von vorneherein als eigentlicher Schiedsrichtervertrag und nur als solcher aufgefasst wird. Wo, wie in der vorliegenden Arbeit, receptum arbitri und Schiedsrichtervertrag nicht immer und nur zum Teil als kongruente Rechtsfiguren aufgefasst werden, kann diese Rangordnung nicht übernommen werden.

112) Vgl. Schuppisser S. 54/55.

die Möglichkeit gegeben ist, gültig die Verpflichtung einzugehen, auf die Ausübung des Widerrufsrechtes zu verzichten 113). Wer nun aber eine Schiedsabrede abschliesst und mit der Gegenpartei eine vertragliche Ernennungsordnung vereinbart, nimmt immer auch diese Verpflichtung, auf den Widerruf der Vollmacht zu verzichten, auf sich. Wohl bleibt es jeder Schiedsgerichtspartei unbenommen, den Widerruf der Vollmacht zu erklären und dadurch die vertragliche Ernennungsordnung ausser Kraft zu setzen, doch muss eine solche Verletzung seiner Verpflichtung, den Widerruf nicht auszuüben, jedem Vertragspartner als Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben ausgelegt werden und verpflichtet ihn zum Ersatze des durch die Verzögerung der Schiedsrichterernennung entstandenen Schadens. Die Gefahr, eine schiedsunwillige Partei könnte durch Widerruf der Ernennungsvollmacht die Bildung des Schiedsgerichts völlig scheitern lassen, besteht nicht. Der Wegfall einer vertraglichen Ernennungsordnung lässt regelmässig die gesetzliche Ergänzungsordnung zur Anwendung gelangen, es sei denn, die Vereinbarung des Ernennungsmodelles habe den Willen der Schiedsgerichtsparteien mitenthalten, bei Scheitern der Schiedsrichterernennung auf Grund der vertraglichen Ernennungsordnung sollte die Schiedsabrede erlöschen und die gesetzliche Ergänzungsernennungsordnung nicht zur Anwendung gelangen 114).

B) Bei Ernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung

An einer übereinstimmenden Willensäusserung zwischen beiden Schiedsgerichtsparteien und dem Schiedsrichter fehlt es dann, wenn dessen Wahl auf Grund einer gesetzlichen Ergänzungsordnung erfolgt 115). Die Autoren, welche die Auffassung von receptum

113) Vgl. von Tuhr/Siegwart 1. Halbband, S. 319/320.

114) Siehe oben II. 1.

115) Vgl. Gressly S. 31; Schuppisser S. 55; Guldener "ZPR" S. 585; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 448; Contini S. 230.

arbitri als privatrechtlichem Schiedsrichtervertrag vertreten, haben etwelche Theorien entwickelt, um auch in diesen Fällen das Zustandekommen eines Schiedsrichtervertrages zu konstruieren.

Ist gemäss gesetzlicher Ergänzungsordnung jede Partei berechtigt, einen Parteischiedsrichter zu ernennen, so kommt zwischen diesem und den Schiedsgerichtsparteien ein Schiedsrichtervertrag nicht zustande. Das gleiche gilt für das Verhältnis zwischen den Schiedsgerichtsparteien und dem von den Parteischiedsrichtern kraft gesetzlicher Ernennungsbefugnis gewählten Obmann 116). Im ersten Fall würde das Zustandekommen eines eigentlichen Schiedsrichtervertrages nach erstatteter Wahlanzeige mindestens die Zustimmung der Gegenpartei erheischen. Eine solche Zustimmung kann jedoch von der anderen Schiedsgerichtspartei nicht erzwungen werden und dürfte in den meisten Fällen ausbleiben 117).

Im Falle der Wahl des Obmannes durch die auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung gewählten Parteischiedsrichter wäre für die Konstruktion eines Schiedsrichtervertrages vorausgesetzt, dass die Blankoschiedsklausel stillschweigend auch die Bevollmächtigung der Parteischiedsrichter zur Wahl des Obmannes mitenthielte 118).

Auch die Formen von Ersatzernennung durch die gesetzlich als zuständig bezeichnete Ergänzungsernennungsbehörde führen zu keinem Schiedsrichtervertrag zwischen beiden Schiedsgerichtsparteien und dem Schiedsrichter. An dieser Tatsache ändert auch die Antragstellung zur Vornahme der Ersatzernennung nichts. Die gesetzliche Ergänzungsernennungsbehörde übt ihr Amt, wie bereits oben erwähnt, kraft gesetzlicher Verpflichtung aus, und ihre prozessuale Ernennungsbefugnis wird durch Antragstellung

116) Vgl. Guldener "ZPR" S. 585.

117) Vgl. Schwab S. 508.

118) Siehe oben II. 2.

oder Vollmachterteilung zur Vornahme der Schiedsrichterernennung in keiner Weise erweitert 119). Das gleiche muss konsequenterweise für die durch das Prozessgesetz zur Wahl des Obmannes berechtigt erklärten Parteischiedsrichter gelten. Selbstverständlich steht es den Schiedsgerichtsparteien frei, nach stattgehabter Wahl durch gesetzlich zur Ernennung befugte Parteischiedsrichter oder Ersatzernennungsbehörden mit dem Ernannten durch separaten Vertrag in ein privatrechtliches Vertragsverhältnis zu treten. In diesen Fällen sind jedoch die Entstehung des receptum arbitri durch Perfektion des Ernennungsaktes und der Abschluss des Schiedsrichtervertrages zwischen den Schiedsgerichtsparteien und dem Schiedsrichter auseinanderzuhalten. Der Zeitpunkt ihrer Entstehung dürfte meistens differieren, und Ernennungsakt und Ernennungsbeteiligte einerseits, sind nicht identisch mit dem Vertragsakt und den Vertragsbeteiligten andererseits.

Einige Autoren, die das receptum arbitri als privatrechtlichen Schiedsrichtervertrag auffassen, beziehen keine Stellung zur Frage, ob auch im Falle der Schiedsrichterernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung ein eigentlicher Vertrag zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter zustandekomme 120). Daneben hat die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit jedoch verschiedene Modelle entwickelt, um die Theorie auch für diese Fälle zu rechtfertigen.

- Die Argumentation namentlich deutscher Autoren zielt auf die Annahme, das im Prozessgesetz für die Ersatzernennung als zuständig bezeichnete Gericht handle bei der Schiedsrichterernennung in gesetzlicher Ermächtigung der Parteien 121), oder im Schiedsvertrag liege auch die Vollmacht, mit dem in Einklang mit den vertraglichen Feststellungen von einem Dritten

119) Vgl. Schuppisser S. 55.

120) Vgl. Guhl/Merz/Kummer S. 219; Gautschi N 34 c) zu Art. 394; Leuch N 1 zu Art. 391; Sträuli/Hauser N 1 zu § 371; Rosenberg/Schwab S. 954/955.

121) Vgl. Baumbach/Schwab S. 89.

oder rechtlich zulässigerweise vom Gericht ernannten Schiedsrichter, den Schiedsrichtervertrag abzuschliessen 122). Doch räumt Schwab selbst ein, solche Ueberlegungen, wie auch, ob bei Wahl eines Schiedsrichters durch eine vom Gesetz berechnigte Schiedsgerichtspartei eine Vollmacht des Anzeigeempfängers an die ernennende Partei angenommen werde oder eine gesetzliche Ermächtigung oder eine unmittelbare Willenserklärung gegenüber dem Schiedsrichter, sei immer fiktiv. Um wirkliche Willenserklärungen handle es sich dabei nicht, und man werde daher sagen können, dass der Schiedsrichtervertrag mit dem Empfang der Anzeige und mithin auch nach durchgeführter Ernennung durch das zuständige Gericht kraft Gesetzes auch mit der nicht ernennenden bzw. der säumigen Partei zustandekomme 123).

- Fehr begründet seine Theorie auf der Unterscheidung zwischen gerichtlicher Ersatzernennung auf Grund dispositiver Gesetzesnorm 124) und zwingender Rechtsvorschrift 125). Bei Ersatzernennung auf Grund dispositiver Gesetzesnorm nimmt er das Zustandekommen eines sogenannten Zwangsvertrages in der Weise an, dass das Gericht die Schiedsrichter ernennt und die Schiedsgerichtsparteien damit zwingt, sie als solche anzunehmen. Die Ersatzernennung auf Grund zwingender Rechts-

122) Vgl. Stein/Jonas/Schlosser vor § 1025 III. 1.

123) Vgl. Schwab S. 508.

124) Als dispositive Gesetzesnorm im Sinne von Fehrs Unterscheidung sind aufzufassen die Vorschriften, welche das Gesetz für die Ersatzernennung bei Säumnis einer Schiedsgerichtspartei, Nichteinigung der Parteischiedsrichter über die Wahl des Obmannes oder bei Scheitern der Ernennung auf Grund vertraglicher Ernennungsordnung aufgestellt: § 243 Ziff. 1 und 2; ob die Unterscheidung in dispositive und zwingende Vorschriften zur Ersatzernennung tunlich oder auch nur wünschenswert ist, bleibe dahingestellt, doch ist diesen Begriffen kaum Erkenntniswert zuzuordnen.

125) Als zwingende Rechtsvorschrift zur Vornahme der Ersatzernennung im Sinne Fehrs ist beispielsweise der Fall von § 243 Ziff. 3 anzusprechen.

vorschrift, wenn der Richter von vorneherein angehalten sei, die Schiedsrichter zu ernennen, ohne dass ein Streit unter den Schiedsgerichtsparteien über die Ernennung nötig wäre, anerkennt Fehr als öffentlichrechtlichen Rechtsakt 126). Die Annahme eines Zwangsvertrages wird von Schuppisser mit der einleuchtenden Begründung abgelehnt, der Zwangsvertrag sei eine Rechtsfigur, die für Rechtsverhältnisse aus dem öffentlichen Recht wie zum Beispiel der Expropriation entwickelt worden sei. Auf dem Boden des Privatrechtes sei für einen Vertrag, der vermittelt Zwanges zustandekomme, jedoch kein Raum 127). Auch die Unterscheidung in Ersatzernennung auf Grund dispositiver Gesetzesnorm und zwingender Rechtsvorschrift hält Schuppisser richtigerweise für unbehelflich: In jedem Falle sei es das Gesetz, und nur das Gesetz, welches die gerichtliche Ersatzernennungsbehörde zur Vornahme der Ersatzernennung berechtige und verpflichte.

Die angeführten Beispiele zeigen, dass Versuche, das Problem der Vertragskonstruktion bei Ersatzernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung zu lösen, immer auf Fiktionen angewiesen sind. Fiktive Gedankenmodelle können aber dort vermieden werden, wo die rechtstheoretische Lösung von Problemen ohne Zuhilfenahme von Fiktionen möglich ist und zu keinen stossenden praktischen Konsequenzen führt 128).

Gestützt auf die Ergebnisse obiger Untersuchungen ist daher davon auszugehen, dass ein Schiedsrichtervertrag zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter bei Ernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung nicht zustandekommt.

126) Vgl. Fehr S. 46.

127) Vgl. Schuppisser S. 55/56.

128) Die Verneinung eines eigentlichen Schiedsrichtervertrages bei Ernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung führt - wie unten aufzuzeigen sein wird - nicht zu solchen stossenden praktischen Konsequenzen. Auf die Zuhilfenahme von Fiktionen kann daher im Interesse rechtstheoretischer Klarheit verzichtet werden.

2. Begriff und Inhalt des Schiedsrichtervertrages

Der Schiedsrichtervertrag beinhaltet die obligatorischen Aspekte des *receptum arbitri*, mithin die gegenseitigen Rechte und Pflichten von Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter.

Die Verpflichtung des Schiedsrichters erschöpft sich in seiner Mitwirkung am Schiedsverfahren, dessen normaler Ausgang die Fällung des Schiedsspruches bildet 129). Aus der Verletzung dieser Verpflichtung kann die Schadenersatzpflicht des Schiedsrichters erwachsen. Bei pflichtgemässer Erfüllung der schiedsrichterlichen Aufgabe beinhaltet der Schiedsrichtervertrag immer die Vermutung der Entgeltlichkeit, wenn nicht ausdrücklich die Unentgeltlichkeit der schiedsrichterlichen Tätigkeit vereinbart wurde 130).

Diesen Erkenntnissen folgend geht die Verpflichtung der Schiedsgerichtsparteien dem Schiedsrichter gegenüber auf die Honorierung seiner Bemühungen und den Ersatz seiner Auslagen und desjenigen Schadens, der ihm aus dem Schiedsrichteramt erwachsen ist. Das Recht der Schiedsgerichtsparteien dem Schiedsrichter gegenüber besteht im Anspruch auf sorgfältige und beförderliche Durchführung des Schiedsverfahrens und Erledigung des Rechtsstreits. Zur Durchsetzung dieses Rechts stehen den Schiedsgerichtsparteien allerdings keine aus dem obligatorischen Rechtsverhältnis zum Schiedsrichter erwachsenden privatrechtlichen Rechtsbehelfe - wie etwa Klage auf Erfüllung der vertraglich übernommenen Verpflichtung - zur Verfügung, sondern

129) Vgl. Baumbach/Schwab S. 91.

130) Vgl. Baumbach/Schwab S. 93; Stein/Jonas Schlosser vor § 1025 III.

sie sind auf die vom Prozessgesetz vorgesehenen Massnahmen gegen einen säumigen oder pflichtvergessenen Schiedsrichter verwiesen 131).

3. Die Rechtsnatur des Schiedsrichtervertrages

A) Der Schiedsrichtervertrag als Figur des Privatrechts

Der Schiedsrichtervertrag als Inbegriff aller obligatorischen Beziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter stellt eine Figur des Privatrechts dar. Er ist im allgemeinen formlos gültig 132), und es ist den Vertragsparteien anheimgestellt, ihn als Rahmenvertrag wie er im Zeitpunkt der Entstehung des *receptum arbitri* durch Perfektion des Ernennungsaktes auf Grund vertraglicher Ernennungsordnung zustandekommt, bestehen zu lassen oder ihn durch Zusatzvereinbarungen auszufüllen. Solche zusätzliche Uebereinkommen, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder auch später erfolgen können, werden meistens Vereinbarungen über die Honorierung der schiedsrichterlichen Tätigkeit zum Inhalte haben.

Die strikte Trennung zwischen prozessrechtlichem Ernennungsakt und privatrechtlichem Vertragsakt, wie sie von gewissen Autoren gefordert wird 133), ist theoretisch möglich, doch kann sie nicht die Auffassung rechtfertigen, den vertraglichen Abmachungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter, die ihre obligatorischen Rechtsbeziehungen regeln, sei nur der Charakter von Nebenverträgen zuzumessen, die völlig losgelöst vom Ernennungsakt und dem *receptum arbitri* zu betrachten seien. Dem ist entgegenzuhalten, dass bei der Schiedsrichterernennung

131) Vgl. § 245 Abs. 2 Zürcher ZPO; Sträuli/Messmer/Wiget N 7 zu § 245; im allgemeinen zum Begriff des Schiedsrichtervertrags und seinem Inhalt: Guldener "ZPR S. 584 f.; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 448; Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 235; Sträuli/Hauser N 1 zu § 371; Leuch N 1 zu Art. 391; Baumbach/Schwab S. 91 ff.; Stein/Jonas/Schlosser vor § 1025 III. 2.; Treyer S. 71 f.; Zah S. 44; Fehr S. 42 ff. Gressly S. 35.

132) Vgl. dagegen die Bestimmung von § 375 alt.ZPO Genf.

133) Vgl. Stein/Jonas/Schlosser vor § 1025; Schuppisser S. 66.

auf Grund vertraglicher Ernennungsordnung in der Vornahme des prozessualen Wahlaktes stets auch eine Offerte im obligationenrechtlichen Sinne auf Uebertragung des Schiedsrichteramtes, wie es sich nach Prozessgesetz und geltender Schiedsrechtsauffassung darstellt, mitenthalten ist, und die Wahlannahme als Akzept dieser Offerte gelten muss. Diese Ueberlegung macht die tatsächliche Koinzidenz von prozessrechtlichem Ernennungsakt auf Grund vertraglicher Ernennungsordnung und privatrechtlichem Vertragsakt und mithin die in diesen Fällen vorliegende gleichzeitige Entstehung von receptum arbitri und Schiedsrichtervertrag offensichtlich. Es ist in diesen Fällen daher davon auszugehen, dass der privatrechtliche Schiedsrichtervertrag als Inbegriff der obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter mit den obligatorischen Aspekten des receptum arbitri identisch ist.

B) Die prozessgesetzlichen Einflüsse auf den privatrechtlichen Schiedsrichtervertrag

Der privatrechtliche Schiedsrichtervertrag wird bisweilen durch prozessgesetzliche Vorschriften, die unmittelbar in die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter eingreifen, beeinflusst. So finden sich in den Prozessgesetzen etwa Normen, welche für das gültige Zustandekommen des Schiedsrichtervertrages Formvorschriften aufstellen, die von der privatrechtlichen Regelung abweichen, welche in irgendeiner Weise die Frage der Honorierung des Schiedsrichters, dessen Schadenersatzpflicht oder dergleichen betreffen 134).

134) Vgl. unten VI.

Die Zürcher ZPO verpflichtet beispielsweise ähnlich wie andere Prozessgesetze 135) den Schiedsrichter, der das Schiedsrichteramt übernommen hat, zur Erfüllung des angenommenen Schiedsrichterauftrages 136). Somit löst die Entstehung des receptum arbitri durch Perfektion des Ernennungsaktes auch die prozessgesetzliche Verpflichtung des Schiedsrichters zur Erfüllung seiner Aufgabe aus, unabhängig davon, ob diese Verpflichtung vom Schiedsrichter bei der Uebernahme des Schiedsrichteramtes oder in einem späteren Zeitpunkt den Schiedsgerichtsparteien gegenüber auch vertraglich eingegangen wurde oder nicht. Gleichzeitig mit der Statuierung der schiedsrichterlichen Verpflichtung zur Auftragserfüllung steckt § 245 Abs. 1 ZPO auch den Rahmen der schiedsrichterlichen Haftung für jedes, auch leichtes Verschulden, ab, indem der Schiedsrichter ausdrücklich zur beförderlichen und sorgfältigen Erledigung seiner Aufgabe und zur Verschwiegenheit verpflichtet wird. An die Verletzung der Pflicht zur beförderlichen und sorgfältigen Auftragserledigung knüpft die Zürcher ZPO in § 245 Abs. 2 sodann aber auch die prozessuale Folge, dass der fehlbare Schiedsrichter auf Antrag eines Mitschiedsrichters oder der Parteien der disziplinarischen Bestrafung durch das Obergericht unterworfen ist. Diese Bestimmung darf als prozessrechtlicher Ersatz für die im privatrechtlichen Schiedsrichtervertrag nicht mitenthaltene Möglichkeit der privatrechtlichen Klage auf Erfüllung des Schiedsrichterauftrages durch den Schiedsrichter gewertet werden.

Diese Ueberlegungen zeigen, dass der im Grundsatz unbestritten als privatrechtlich geltende Schiedsrichtervertrag gleichzeitig von prozessrechtlichen Aspekten beeinflusst sein kann, indem - wie zum Beispiel durch § 245 Zürcher ZPO - die Verpflichtung des Schiedsrichters zur Auftragserfüllung einerseits, und der Anspruch der Schiedsgerichtsparteien auf

135) Vgl. zur prozessgesetzlichen Verpflichtung des Schiedsrichters auch: Aargau § 360; Appenzell A.Rh. Art. 269 Abs. 2; Luzern § 369; Thurgau § 219.

136) Vgl. § 245 Abs. 1 Zürcher ZPO.

schiedsrichterliche Pflichterfüllung andererseits, durch prozessgesetzliche Vorschrift festgeschrieben sind und mit der Entstehung des receptum arbitri wirksam werden, ob nun ein privatrechtlicher Schiedsrichtervertrag vorliege oder nicht. Diese Ergebnisse decken sich nicht mit der strikten Auffassung vom privatrechtlichen Schiedsrichtervertrag, es bestehe keine öffentlichrechtliche Pflicht zur Fällung des Schiedsspruches, denn der Schiedsrichter habe sich dazu nur durch privatrechtliches Rechtsgeschäft verpflichtet 137).

Eine prozessgesetzliche Vorschrift, welche den Honoraranspruch des Schiedsrichters respektive die Honorierungspflicht der Schiedsgerichtsparteien und deren Haftung für Auslagen und Schaden des Schiedsrichters aus dem Verhältnis zwischen ihnen betrifft, kennt die Zürcher ZPO nicht 138). § 247 Zürcher ZPO räumt dem Schiedsrichter aber die Möglichkeit ein, seine Tätigkeit von der Kautonierung der Prozesskosten und seiner Auslagen abhängig zu machen, worin mindestens ein starkes Indiz für die Honorierungspflicht der Schiedsgerichtsparteien zu erblicken ist.

IV. Receptum arbitri und schiedsrichterliche Rechtsprechungskompetenz

Die Schiedsrichterernennung stellt sich nach ihren Wirkungen als doppeltes Rechtsgeschäft dar: Zum einen treten Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter in einen bestimmten, von Schiedsrichtervertrag und Prozessgesetz umschriebenen Kreis von gegenseitigen Rechten und Pflichten 139), zum andern wird die Kompetenz des Schiedsrichters begründet, den Rechtsstreit der

137) Vgl. Gressly S. 29.

138) Weder die anderen Nichtkonkordatskantone noch das Konkordat oder die DZPO enthalten prozessgesetzliche Normen, welche den Honoraranspruch der Schiedsrichter bzw. die Honorierungspflicht der Schiedsgerichtsparteien betreffen.

139) Vgl. Gressly S. 35 ff., insbesondere S. 38.

Schiedsgerichtsparteien rechtskräftig und vollstreckbar zu entscheiden. Während die gegenseitigen Rechte und Pflichten von Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter als materielles Verhaltungsrecht unmittelbar oder durch analoge Anwendung 140) den auf sie zutreffenden Bestimmungen des Privatrechtes unterworfen sind, ist die schiedsrichterliche Rechtsprechungskompetenz formelles organisatorisches Recht 141). Als prozessgesetzliche Ermächtigung, den Rechtsstreit der Schiedsgerichtsparteien rechtskräftig und vollstreckbar zu entscheiden, räumt sie dem Schiedsrichter einen Teil staatlicher Jurisdiktion ein. Da der staatliche Gesetzgeber allein in der Lage ist, einen Teil seiner Jurisdiktion an Privatpersonen weiterzugeben und ihnen richterliche Entscheidungsmacht zu übertragen, muss die schiedsrichterliche Rechtsprechungskompetenz als öffentlichrechtlich aufgefasst werden 142). Zugleich ist der Staat, der die Schiedsgerichte mit den Funktionen und Kompetenzen von Rechtspflegeorganen ausstattet, aber auch gehalten, Massnahmen vorzukehren, die im Einklang mit der öffentlichen Ordnung und dem öffentlichen Interesse die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit der innerhalb der staatlichen Jurisdiktion durch Privatpersonen gefällten Schiedssprüche rechtfertigt. Dieses Ziel wird erreicht, indem der Schiedsrichter wie der ordentliche Richter den prozessgesetzlichen Vorschriften über Ausschluss und Ausstand unterworfen wird, ihm unter Strafan drohung in einer Linie mit den staatlichen Beamten die Annahme von Geschenken verboten ist 143) und er schliesslich ganz besonders auf die Wahrung der verfassungsmässigen Garantie des rechtlichen Gehörs verpflichtet ist. Erst diese Gewährleistung des verfassungsmässigen Richters und die Wahrung des Gebots der Rechtsgleichheit gemäss Art. 4 BV durch den Schiedsrichter

140) Siehe unten VI.

141) Vgl. Gressly S. 35.

142) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 4 zu § 245.

143) Vgl. Art. 315 und 316 StGB.

rechtfertigen die Uebertragung der Rechtsprechungskompetenz auf ihn. Die Rechtsprechungskompetenz des Schiedsrichters als formell organisatorischer Aspekt des receptum arbitri stellt sich somit als in Prozessgesetz, Bundesverfassung und Strafgesetzbuch kodifiziert rein öffentlich rechtlicher Natur dar. Sie macht das Schiedsrichteramt zu einem prozessualen Amt und lässt den Schiedsrichter zum Träger obrigkeitlicher Funktionen werden.

Mit dieser These, die Rechtsprechungskompetenz des Schiedsrichters und alle damit in Zusammenhang stehenden Besonderheiten seiner rechtlichen Stellung seien ausschliesslich öffentlichrechtlicher Natur, stehen jene Lehrmeinungen im Widerspruch, welche das receptum arbitri mit der Gesamtheit seiner Aspekte als privatrechtlich begreifen (144).

1. Die Stellung des Schiedsrichters als Privatperson oder Rechtspflegeorgan

Im Zentrum der Gegensätze stehen die unterschiedlichen Auffassungen über die Stellung des Schiedsrichters als Rechtspflegeorgan mit obrigkeitlicher Funktion oder als Privatperson mit privatrechtlicher Ermächtigung zur Rechtsprechung.

A) Die Rechtspflegekompetenz als rechtsgeschäftliche Ermächtigung kraft übereinstimmenden Parteiwillens oder als prozessgesetzliche Ermächtigung

Die Verfechter des privatrechtlichen receptum arbitri gehen davon aus, die Macht, Recht zu sprechen, werde den Schiedsrichtern durch Parteiwillen übertragen. Diese Auffassung beruht auf der Ueberlegung, der Staat könne die vollstreckbare Festlegung des Rechts so gut wie die Rechtsprechung dem Parteiwillen

144) Vgl. Leuch N 1 zu Art. 391; Sträuli/Hauser N 1 zu § 371; Glystras S. 80; Sulzer S. 93; Gressly S. 27 ff; Treyer S. 58 ff.; Baumbach S. 64; Stein/Jonas/Schlosser vor § 1025 III.; Baumbach/Schwab S. 88/89; auch: Rüede/Hadenfeldt, wobei prozessrechtliche Einflüsse anerkannt werden, S. 147 I. 1./2.

überlassen 145). Dieser Auffassung kann indessen nicht beige-
pflichtet werden.

Die Entstehung der schiedsrichterlichen Rechtsprechungskompetenz gründet auf der Erfüllung zweier Voraussetzungen: Einerseits muss die Schiedsgerichtsbarkeit prozessgesetzlich innerhalb der Gerichtsorganisation eines Staates zugelassen sein, andererseits ist die Schiedsabrede von Streitparteien erforderlich, gestützt auf welche ein Schiedsverfahren in Gang gesetzt, das Schiedsgericht gebildet werden kann. Die Erfüllung beider Voraussetzungen ist *conditio sine qua non* für die "äussere" Entstehung, das tatsächliche Wirksamwerden der schiedsrichterlichen Rechtsprechungskompetenz. Welche der beiden Voraussetzungen für die Entstehung der schiedsrichterlichen Rechtsprechungskompetenz hingegen "rechtsbegründend" ist, hängt von ihrer qualitativen Rangordnung ab. Dieser Frage nach der qualitativen Rangordnung wird im Sinne der Privatrechtlichen Auffassung der schiedsrichterlichen Rechtsprechungskompetenz von Gressly unmissverständlich dahin beantwortet, dass der Privatwille als qualitativer Ursprung der Ermächtigung zur Rechtsprechung in den Vordergrund zu stellen sei. Der Staat stehe lediglich hinter diesem Privatwillen und verleihe ihm rechtliche Wirkungen. Diese Ueberzeugung lässt Gressly zugleich Steinbrüchels Auffassung als Verzeichnung der Wirklichkeit ablehnen, dass der Privatwille lediglich auslösend auf den gesetzmässigen Eintritt des Schiedsrichters in einen bestimmten, durch das Gesetz umschriebenen Kreis von Geschäften für den konkreten Fall wirke 146). Der Ansicht Gresslys ist jedoch folgendes entgegenzuhalten: Es ist der Staat, der stets die von ihm abhängende Voraussetzung für die Entstehung der schiedsrichterlichen Rechtsprechungskompetenz vorleisten muss, indem er sich für die Zulassung der Schiedsgerichtsbarkeit als mögliche und verfassungsmässig garantierte Form der Rechtspflege innerhalb der Gerichtsbarkeit seines Hoheitsgebietes

145) Vgl. Gressly S. 27/28; Treyer S. 59/60.

146) Vgl. Gressly S. 27/28.

entscheidet. Als Träger des Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsmonopols schafft er auf dem Wege der Verfassungs- 147) oder/und der Prozessgesetzgebung erst die Möglichkeit, durch rechtsgeschäftlichen Akt die Wahl zwischen verschiedenen Formen der Rechtsverfolgung treffen zu können. Der eigentliche qualitative Ursprung der schiedsrichterlichen Rechtsprechungskompetenz kann somit nur im Entscheid des Staates liegen, die Schiedsgerichtsbarkeit als alternative Form der Rechtspflege in das staatliche Justizsystem aufzunehmen. Ohne diese vorerst zu treffende gesetzgeberische Entscheidung des Staates bleibt jede Schiedsabrede wirkungslos, geht die Uebereinstimmung von Streitparteien, sich anstelle des ordentlichen Richters mit dem Ziel, einen vollstreckbaren rechtskräftigen Entscheid zu erlangen, an ein Privatgericht zu wenden, ins Leere. Der Privatwille ist somit lediglich notwendige ergänzende Voraussetzung für die "äussere" Entstehung der schiedsrichterlichen Rechtsprechungskompetenz. Auf die Zulassung der privaten Jurisdiktion innerhalb des staatlichen Justizsystems hat er keinen Einfluss, sondern wirkt lediglich auslösend auf den Eintritt der damit zusammenhängenden gesetzlichen Wirkungen. Diese gesetzlichen Wirkungen liegen in erster Linie und hauptsächlich in der Ausgestaltung der Schiedsgerichte als Rechtspflegeorgane, die als Teil der staatlichen Gerichtsorganisation obrigkeitliche Funktionen ausüben 148).

B) Die Unabhängigkeit des Schiedsrichters

Der Schiedsrichter mit obrigkeitlicher Rechtsprechungskompetenz ist als verfassungsmässig zulässige Alternative zum ordentlichen Richter nur denkbar, wenn er bezüglich der Garantie des verfassungsmässigen Richters den gleichen verfassungs-

147) Vgl. Art. 58 Abs. 2 Zürcher Kantonsverfassung;
Art. 6 Kantonsverfassung Appenzell I.Rh.

148) Vgl. Guldener "ZPR" S. 572; ders. ZSR 71 S. 238a
Anm. 78; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 445;
ZR 26 Nr. 184 S. 365; Meier "Iura novit curia" S. 9.
Schuppisser S. 66 ff.; Schwab S. 512 und 515;
siehe oben § 1 I. und dortige Zitate.

prozess- und strafgesetzlichen Vorschriften unterworfen ist wie der staatliche Justizbeamte. Im einzelnen sind es das Ausstandsrecht, die Bindung an den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und das strafgesetzliche Verbot, Geschenke anzunehmen oder sich bestechen zu lassen, welche die Stellung des Schiedsrichters als verfassungsmässig garantierten Richter wesentlich kennzeichnen. Die Auffassung vom privatrechtlichen receptum arbitri geht nun davon aus, auch diese Gegebenheiten seien mit der privatrechtlichen Stellung des Schiedsrichters als Privatperson durchaus vereinbar. Wenn der Staat die vollstreckbare Streitentscheidung durch Privatpersonen zulasse, so müsse er notwendigerweise auch sagen, unter welchen Voraussetzungen er diese private Rechtsprechung zur Vollstreckung zulasse 149). Diese Auffassung, durch die öffentlichrechtlichen Vorschriften, welche die Unabhängigkeit des Schiedsrichters sicherstellten und ihn als Rechtspflegeorgan verfassungsmässig sanktionierten, werde die privatrechtliche Stellung des Schiedsrichters in keiner Weise berührt, ist unhaltbar und muss abgelehnt werden. Alle diese Vorschriften zur Gewährleistung des verfassungsmässigen Richters, das Ausstandsrecht, die Bindung an den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und die strafgesetzliche Verpflichtung zur Unbestechlichkeit, stellen den Schiedsrichter in eine Linie mit den staatlichen Justizbeamten und verleihen seiner Streitentscheidung unter dem Aspekt, in Einklang mit der öffentlichen Ordnung stehen zu müssen, die Qualität von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. Es müsste als dem, das private Vertragsrecht beherrschenden, Wesenszug der Privatautonomie völlig zuwiderlaufend anmuten, wollte man auf einen Vertragsbeteiligten von Fall zu Fall öffentlichrechtliche Bestimmungen wie namentlich das Ausstandsrecht zur Anwendung gelangen lassen, deren Ausschaltung von den Vertragsparteien auf dem Wege des Rechtsgeschäftes nicht bewirkt werden kann. Gerade das Ausstandsrecht greift daher kompromisslos und entscheidend in die rechtliche Stellung des Schiedsrichters ein. Es verleiht ihm mit Bezug auf das Erfordernis der Unabhängig- 149) Vgl. Gressly S. 30; Treyer S. 60.

keit als verfassungsmässig garantierter Richter die Stellung eines Justizbeamten. Ueber die rein privatrechtliche Stellung einer Privatperson hinausgehoben wird der Schiedsrichter so- dann aber auch durch seine Nennung neben andern, staatlichen Beamten in Art. 315 und 316 StGB. Wenn aus diesen strafge- setzlichen Bestimmungen und aus andern Ueberlegungen auch keineswegs abgeleitet werden darf, dem Schiedsrichter komme eigentliche Beamtenqualität zu 150), so ist daraus doch zu ent- nehmen, dass seine privatrechtliche Stellung auch durch die Unterworfenheit unter diese Strafnormen entscheidend beein- flusst ist.

C) Das Disziplinarrecht in der Schiedsgerichtsbarkeit

Auch der Statuierung des Disziplinarrechts in der Schiedsge- richtsbarkeit wird von den Verfechtern des privatrechtlichen receptum arbitri im allgemeinen nicht die Wirkung zuerkannt, die privatrechtliche Stellung des Schiedsrichters werde damit zur öffentlichrechtlichen umgewandelt 151).

150) Die Zürcher ZPO spricht sich, wie andere Prozessgesetze, nicht über die Beamtenqualität des Schiedsrichters aus. Wiget erblickt Argumente für die Zubilligung dieser Eigenschaft in der Disziplinaraufsicht des Obergerichts und in der gesetzlichen Ermächtigung des Schiedsrichters, rechtskräftige und vollstreckbare Entscheide zu fällen. Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 4 zu § 245; gegen die Beamten- qualität des Schiedsrichters spreche die weitgehend pri- vatautonome Ausgestaltung der Schiedsgerichtsbarkeit. Der Rechtswirklichkeit werde daher nur gerecht, dass in der Schiedsgerichtsbarkeit prozessrechtliche und privat- rechtliche Momente aufs engste miteinander verknüpft seien. Schliesslich weist Gautschi darauf hin, dass die Annahme eigentlicher Beamtenqualität des Schiedsrichters bei interkantonalen und namentlich bei internationalen Schieds- gerichten zu unlösbaren Fragen nach dem Beamtenstatus der einzelnen Mitglieder und nach dem anwendbaren Haftpflicht- recht führen müsste - Gautschi N 34c) zu Art 394 OR.

151) Vgl. Gressly S. 28 - 30; Treyer S. 60.

Eine Ausnahme macht Leuch: Er billigt dem Schiedsrichter dann eine amtliche Stellung zu, wenn er einem öffentlichrechtlichen Disziplinarrecht unterworfen ist und für ihn die Beamtenverantwortlichkeit gilt. Gerade wegen des Mandatcharakters des receptum habe der bernische Gesetzgeber alles unterlassen, was die Stellung des Schiedsrichters zur amtlichen gestaltet hätte und namentlich von Disziplinar massnahmen gegen den Schiedsrichter abgesehen (152).

Vor allem Gressly verteidigt aber die privatrechtliche Stellung des Schiedsrichters auch unter dem Aspekt der Unterworfenheit unter ein prozessgesetzliches Disziplinarrecht. Prozessgesetzliche Beschwerden und Sanktionen vertrügen sich sehr wohl mit dessen privatrechtlicher Stellung. So sei zum Beispiel die prozessrechtliche Abberufung durch eine Gerichtsbehörde eine Auflösung des privatrechtlichen Schiedsrichtervertrags durch den Richter auf Begehren einer Partei. Eine solche richterliche Auflösung kenne das OR auch bei andern obligationenrechtlichen Verhältnissen wie beispielsweise bei den Gesellschaftsverhältnissen gemäss Art. 545 OR. Zwar könnten vom Prozessgesetz vorgesehene Sanktionen gegen Schiedsrichter ein öffentlichrechtliches Verhältnis zwischen Schiedsrichter und Staat schaffen; daraus dürfte jedoch nicht auf eine amtliche Funktion des Schiedsrichters geschlossen werden, denn der Eintritt öffentlichrechtlicher Wirkungen sei auch bei andern privatrechtlichen Verträgen zu beobachten, wie zum Beispiel bei Abschluss eines Auftragsverhältnisses mit einem Arzt oder einem Anwalt, oder bei Abschluss eines Arbeitsvertrages. Das Entscheidende sei, dass es trotz der Beschwerdemöglichkeit keine öffentlichrechtliche Pflicht zur Fällung des Schiedsspruches gebe. Der Schiedsrichter habe sich durch ein privatrechtliches Rechtsgeschäft zur Fällung des Schiedsspruches verpflichtet. Kein öffentlicher Rechtssatz verpflichte ihn dazu, und es stehe im Belieben der Streitparteien, ob sie von ihm die Erfüllung seiner Pflicht verlangen und ob sie namentlich eine Beschwerde erheben wollten oder nicht. Der Staat

152) Vgl. Leuch N 1 zu Art. 391.

könne nicht von sich aus einschreiten, und auch ein Dritter könne den Staat nicht dazu veranlassen 153). Dazu ist zu bemerken: Die Verpflichtung des Schiedsrichters, seinen Auftrag sorgfältig und beförderlich zu erledigen und dabei Verschwiegenheit zu üben, besteht nach Uebernahme der schiedsrichterlichen Aufgabe gemäss § 245 Abs. 1 Zürcher ZPO von Prozessgesetzes wegen und unabhängig davon, ob der Schiedsrichter diese Verpflichtung den Schiedsgerichtsparteien gegenüber auch durch rechtsgeschäftlichen Akt übernommen hat 154). Sodann steht es nach § 245 Abs. 2 Zürcher ZPO nicht ausschliesslich im Belieben der Schiedsgerichtsparteien, ob sie vom Schiedsrichter die Erfüllung seiner Verpflichtung verlangen und gegen ihn eine Beschwerde erheben wollen, denn diese Bestimmung räumt auch den Mitschiedsrichtern ein Recht ein, bei der zuständigen Behörde Disziplinar massnahmen gegen einen säumigen oder sonstwie pflichtvergessenen Schiedsrichter zu beantragen 155). Diese Möglichkeit eines Dritten, dergestalt in das Vertragsverhältnis zwischen Vertragsparteien, in concreto in das Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter einzugreifen, muss die privatrechtliche Stellung des Schiedsrichters zwangsläufig tangieren. Jedoch nicht nur dieser Einzelaspekt, sondern die ganze Gestaltung des prozessgesetzlichen Disziplinarrechts in der Schiedsgerichtsbarkeit stellen sich als öffentlichrechtlicher Natur dar und können mit einer privatrechtlichen Stellung des Schiedsrichters nicht in Einklang gebracht werden. Nicht beizupflichten ist daher der Auffassung Continis, die Busse gegen einen Schiedsrichter sei nicht eine

153) Vgl. Gressly S. 29.

154) Vgl. auch die prozessgesetzliche Verpflichtung zur Streiterledigung in: Aargau § 360; Appenzell A.Rh. Art. 269 Abs. 2; Luzern § 369; Thurgau § 219.

155) Vgl. die Disziplinarvorschriften von: Aargau § 361 Abs. 1 und 2; Luzern § 369, wobei die Aktivlegitimation zur Einreichung der Beschwerde und Anbegehren der genannten Zwangsmittel offenbleibt; Thurgau § 219 Abs. 2.

Disziplinarmaßnahme ähnlich derjenigen, welche der Staat oder eine Behörde gegen einen Beamten verhängt, sondern könne nur verstanden werden als prozessuale Sanktion wegen Verletzung einer privatrechtlichen Pflicht, einen Streit zu entscheiden 156). Dazu ist festzuhalten, dass ganz allgemein die Vorstellung prozessualer Sanktionen wegen Nichterfüllung privatrechtlich übernommener Vertragsverpflichtungen dem Grundgedanken des Privatrechts und der dieses beherrschenden Privatautonomie völlig widerspricht. So stellt auch die Unterworfenheit des Schiedsrichters unter ein prozessrechtliches Disziplinarrecht einen eindeutig öffentlichrechtlichen Aspekt seiner rechtlichen Stellung dar, desgleichen seine strafgesetzliche Verpflichtung zur Wahrung des Amtsgeheimnisses und sein Zeugnisverweigerungsrecht als Amtsperson. Wäre der Schiedsrichter nur Privatperson und seine Stellung nur privatrechtlich, könnte er strafgesetzlich nicht zur Wahrung eines Amtsgeheimnisses verpflichtet werden und würde ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht als Amtsperson nicht zustehen.

V. Das receptum arbitri als Figur des öffentlichen und des privaten Rechts

1. Das öffentlichrechtliche receptum arbitri

Wie die vorstehenden Untersuchungen gezeigt haben, stellen sich die Rechtsprechungskompetenz des Schiedsrichters und alle mit dieser richterlichen Funktion in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang stehenden Aspekte seiner rechtlichen Stellung als öffentlichrechtlich dar.

Dagegen wurden die obligatorischen Aspekte des receptum arbitri in all jenen Fällen als privatrechtlich erkannt, in denen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter zufolge Ernennung auf Grund vertraglicher Ernennungsordnung ein eigentlicher Schiedsrichtervertrag zustandekommt 157). Zieht

156) Vgl. Contini S. 222.

157) Siehe oben III.

man aus dieser Erkenntnis den Umkehrschluss und erhebt das Vorliegen respektive Fehlen eines eigentlichen Schiedsrichtervertrages und mithin die Art der Schiedsrichterernennung zum einzigen Kriterium für die rechtsdogmatisch bedeutsame Entscheidung, welcher Rechtsnatur die obligatorischen Aspekte des receptum arbitri sind 158), so müssen die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter bei Schiedsrichterernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung als öffentlichrechtlicher Natur erscheinen. Diese Schlussfolgerung aber zwingt zu folgendem Gedankenmodell: Unbestritten muss gelten, dass bei der Entstehung des receptum arbitri durch Perfektion des Ernennungsaktes auch obligatorische Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter zur Entstehung gelangen, denn die Frage nach Grundsatz und Umfang des schiedsrichterlichen Honoraranspruchs muss sich bei prozessgesetzlich zugelassener Kautonierung der Prozesskosten stellen, und auch die Regelung der Schadenersatzfrage bei Pflichtverletzung durch den Schiedsrichter ist unumgänglich. Die Regelung der obligatorischen Aspekte des receptum arbitri in den prozessgesetzlichen Kodifikationen ist jedoch rudimentär oder fehlt zur Gänze. Abgesehen von Normen betreffend etwa Formvorschriften für den Schiedsrichtervertrag, den Honoraranspruch des Schiedsrichters respektive die Haftung der Schiedsgerichtsparteien für dessen Honorar, die Schadenersatzpflicht des Schiedsrichters oder dessen Verpflichtung zur Erfüllung der schiedsrichterlichen Aufgabe, enthalten die Prozessgesetze im allgemeinen keine Vorschriften, welche die obligatorischen Aspekte des receptum arbitri zum Inhalt haben. Auch die Suche nach geeigneten, auf die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter passenden, Vorschriften verwandter oder ähnlicher Rechtsinstitute des Prozessrechtes oder des übrigen öffentlichen Rechtes,

158) Vgl. z.B. Guldener "ZPR" S. 584 f.: Er nimmt verschiedene Arten der Schiedsrichterernennung zum Ausgangspunkt, um feststellen zu können, ob bei Vorliegen der entsprechenden Ernennungsart ein privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter entstehen könne oder nicht.

welche analog auf das receptum arbitri anzuwenden wären, bleibt ergebnislos. Ebenfalls scheitern muss sodann der Versuch, die obligatorischen Aspekte des receptum arbitri durch ungeschriebenes kantonales öffentliches Recht, in Sonderheit durch Gewohnheitsrecht, auszufüllen. Daher werden für die Bestimmung und Einordnung des rechtlichen Inhalts der obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter - und das namentlich auch im Falle der Bildung öffentlichen richterlichen Rechtes - jene Normen des privatrechtlichen Vertragsrechtes analog heranzuziehen sein, welche, den obligatorischen Aspekten des receptum arbitri ähnliche Tatbestände regeln. Die Zulässigkeit der analogen Anwendung des Zivilrechts auf öffentlichrechtliche Rechtsinstitute und namentlich auch auf das Prozessrecht muss heute als anerkannt gelten 159). Bei dieser analogen Anwendung privatrechtlicher Normen auf öffentlichrechtliche Institute stehen grundlegende Bestimmungen des Privatrechts im Vordergrund, die von Lehre und Rechtsprechung als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt sind und ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung im Prozessrecht auch auf dieses Anwendung finden. Zu diesen grundlegenden Bestimmungen des Privatrechts zählen aber namentlich auch die Grundsätze des Vertragsrechtes 160). Dieser notwendige und gültige Analogieschluss von passendem Privatrecht auf das Prozessrecht und das Institut der Schiedsgerichtsbarkeit 161) vermag jedoch die im Grundsatz als öffentlichrechtlich erkannte Natur des obligatorischen Aspekts des receptum arbitri nicht zu beeinflussen, sondern lässt das angewandte Zivilrecht lediglich zum integrierten ergänzenden kantonalen öffentlichen Recht werden. Das analog zur Anwendung gebrachte Privatrecht bietet sowohl die Möglichkeit, den rechtlichen Inhalt der obligatorischen Aspekte des receptum arbitri zu bestimmen und einzuordnen,

159) Vgl. Meier "Iura novit curia" S. 9; Giacometti "Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts" 1. Band, Zürich 1960, S. 118 ff.; Imboden/Rhinow S. 11 ff. Nr. 2, S. 171 Nr. 27.

160) Vgl. Imboden/Rhinow Nr. 2 S. 11 f.

161) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 6 zu § 238.

doch müssen Streitigkeiten aus den obligatorischen Beziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter, weil sie aus einem prozessrechtlichen Verhältnis fliessend, als öffentlichrechtlich zu gelten haben, der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen sein und sind in den Bereich der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewiesen. Bezogen auf die Höhe des schiedsrichterlichen Honoraranspruchs als öffentliche Gebühr aus einem als prozessrechtlich und mithin öffentlichrechtlich erkannten Verhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter würde das bei Streitigkeiten die Beurteilung auf dem Wege der Kostenbeschwerde als Justizverwaltungsbeschwerde bedeuten 161 a). Diese Konsequenz aber widerspräche nicht nur dem geltenden Zürcher Schiedsrecht, das Streitigkeiten über Anspruch auf Schiedsrichtehonorar und dessen Höhe in die Kompetenz des ordentlichen Richters weist, sondern stünde auch im Widerspruch mit den Prinzipien der Aufteilung in privates und öffentliches Recht. Die Entscheidung der Frage, welcher Rechtsnatur die obligatorischen Aspekte des receptum arbitri tatsächlich sind, kann daher nicht allein vom Kriterium der Schiedsrichterernennung und dem Umstand, ob dabei zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter ein eigentlicher Vertrag zustandekommt, abhängen.

2. Die Einordnung der obligatorischen Aspekte des receptum arbitri im Privatrecht auf Grund funktioneller Kriterien

Der Versuch, die obligatorischen Aspekte des receptum arbitri auf Grund der Art der Schiedsrichterernennung gültig "einem" Komplex unseres Rechtssystems zuzuordnen, hat zu einem unbefriedigenden und sinnstörenden Ergebnis geführt. Es erscheint daher als angezeigt, die Verschiedenheit von Rechtswirkungen, wie sie mit dem receptum arbitri durch Perfektion des Ernennungsaktes zur Entstehung gelangen, nämlich die Rechtsprechungskompetenz und die damit zusammenhängenden Aspekte der Rechtsstellung des Schiedsrichters einerseits und die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien

161 a) Siehe unten § 13 III. 1. B).

und Schiedsrichter andererseits, auch unter dem Gesichtspunkt ihrer unterschiedlichen Funktionen einer näheren Beleuchtung zu unterwerfen und das Resultat zum Kriterium für die rechtliche Zuordnung der obligatorischen Aspekte des receptum arbitri zu nehmen.

Die rechtliche Stellung des Schiedsrichters als eigentlicher Richter und die von dieser Stellung oder auf diese Stellung als eigentlicher Richter abhängenden oder hinzielenden weiteren Aspekte der Rechtsstellung des Schiedsrichters sind auf Grund ihrer Funktionen, das Rechtsschutzinteresse von Rechtssuchenden innerhalb des staatlichen Rechtsschutzmonopols zu verwirklichen, ins öffentliche Recht verwiesen. Dadurch wird die rechtliche Stellung des Schiedsrichters durch die Funktion seiner Rechtsprechungsmacht auf eine Ebene gehoben, auf der sich Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter nicht als gleichberechtigte Private gegenüber treten, sondern diese Rechtsstellung gewinnt durch die Eigenschaft des Schiedsrichters als Rechtspflegeorgan, das aufgerufen ist, in Form privater Jurisdiktion innerhalb des staatlichen Justizsystems rechtskräftig und vollstreckbar zu judizieren, "funktionell bedingt" autoritative Wirkung.

Keine Gültigkeit hat diese Feststellung hingegen mit Bezug auf die rechtliche Stellung des Schiedsrichters gegenüber den Schiedsgerichtsparteien im Bereich der obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen ihnen. Hier treten sich Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter auf der Ebene von Ansprüchen, die aus gegenseitigen Rechten und Verpflichtungen resultieren, als gleichberechtigte Private gegenüber. Für diesen Bereich ist die autoritative Stellung des Schiedsrichters als eigentlicher Richter aufgehoben. Das zeigt sich beispielsweise darin, dass der Schiedsrichter zwar rechtskräftig über die Verteilung der Prozesskosten unter den Schiedsgerichtsparteien entscheiden kann, seinem Entscheid über die Höhe der Prozesskosten und mithin über die Höhe seines Honoraranspruchs jedoch die Wirkung eines vollstreckbaren Spruchs und definitiven Rechtsöffnungstitels

ermangelt 162). Die autoritative Funktion des Schiedsrichters fehlt denn auch mit Bezug auf die übrigen obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen ihm und den Schiedsgerichtsparteien.

Der Anspruch des Schiedsrichters - der als Rechtspflegeorgan autoritativ einen vollstreckbaren Spruch fällt, der die seinem Rechtsprechungsakt zugrundeliegende schiedsrichterliche Tätigkeit, die materielle Geschäftsbesorgung, seine Dienstleistung, die körperliche und geistige Arbeit jedoch als Privatperson erbringt - dieser Anspruch auf Honorar und Ersatz der gehabten Auslagen sowie des durch seine Tätigkeit erwachsenen Schadens hat die Funktion, die schiedsrichterliche Tätigkeit mit einem angemessenen Entgelt zu entschädigen. Diese Funktion weist den Honoraranspruch sowie den Anspruch auf Auslagenersatz und Ersatz des aus dem Schiedsrichteramte erwachsenen Schadens sowie die Fragen nach deren grundsätzlichem Bestand und Umfang in das Privatrecht.

Ebenso ist auf der anderen Seite der Anspruch der Schiedsgerichtsparteien auf sorgfältige und getreue Geschäftsbesorgung und Erledigung der Streitsache und mithin ihr Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, der ihnen aus Pflichtverletzung und fehlerhafter Tätigkeit des Schiedsrichters erwächst, seiner Funktion entsprechend privatrechtlicher Natur und unterliegt privatrechtlicher Beurteilung.

Die Ansprüche von Privaten, welche sich auf der Ebene obligatorischer Rechtsbeziehungen gleichberechtigt gegenüberstehen, ins öffentliche Recht verweisen zu wollen, hiesse der Einteilung des Rechts in einen öffentlichrechtlichen und einen privatrechtlichen Bereich, wie er auf Grund funktioneller Kriterien vorgenommen werden kann, zu widersprechen und müsste unnatürlich wirken.

Die vorliegende Arbeit geht daher von folgender These aus: Das *receptum arbitri* ist öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Natur. Die Rechtsprechungskompetenz und alle damit in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang stehenden Aspekte

162) Vgl. aber Konk. Art. 33 Abs. 1 lit. g).

der rechtlichen Stellung des Schiedsrichters sind ihrem Inhalte und ihren Funktionen gemäss öffentlichrechtlicher Natur. Die obligatorischen Aspekte des *receptum arbitri*, welche die Gesamtheit der aus den gegenseitigen Rechten und Pflichten fließenden Ansprüche der Schiedsgerichtsparteien und des Schiedsrichters beinhalten, sind Figuren des Privatrechts und unterliegen privatrechtlicher Beurteilung.

3. Die Theorie vom *receptum arbitri* als nicht vertragliches privatrechtliches Verhältnis in Form eines Quasikontraktes

Contini und Gressly lehnen beide das Zustandekommen eines eigentlichen Vertrages zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter ab, wenn dieser ersatzweise durch den Richter ernannt wird. Sie nehmen aber die Entstehung eines sogenannten "Quasikontraktes" an, der auch in diesen Fällen der subsidiären Ernennung ein privatrechtliches Verhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter schaffe 163). Dieses zwar nicht vertragliche aber doch privatrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter, fliesse aus einer *obligatio ex lege*, einer gesetzlichen Obligation, zwischen ihnen. Gressly glaubt dabei an eine Parallele zwischen dem Verhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter und dem gleichermassen umstrittenen Verhältnis zwischen Willensvollstrecker und Erbschaft. Letzteres sei auch vom Bundesgericht als nicht vertragliches, privatrechtliches Verhältnis qualifiziert worden, und es sei eine öffentlichrechtliche Natur des Willensvollstreckeramtes, obwohl dieses dem Amte des Erbschaftsverwalters ähnele, abgelehnt worden 164).

163) Vgl. Contini S. 230; Gressly S. 32.

164) Vgl. Gressly S. 32 und 33, daselbst Anm. 22.

Dem ist entgegenzuhalten, dass das Schiedsrichteramt und das Amt des Willensvollstreckers neben den Gemeinsamkeiten auch ebensoviele Gegensätze aufweisen. Während die schiedsrichterliche Tätigkeit durch Entscheidung eines Rechtsstreites auf die Setzung von Normen hinzielt, obliegt dem Willensvollstrecker als wesentlichster Inhalt seiner Tätigkeit die Exekution bereits gesetzter Normen, nämlich des Willens des Erblassers. Der entscheidendste und grundsätzlichsste Unterschied beider Rechtsfiguren ist aber wohl darin zu erblicken, dass das Amt des Willensvollstreckers als privatrechtliches Gebilde im Privatrecht geregelt ist, während das Schiedsrichteramt ebenso klar dem Prozessrecht und mithin dem öffentlichen Recht zugeordnet ist.

Dennoch erscheint die Lehre vom receptum arbitri als privatrechtlicher Quasikontrakt nicht abwegig. Sie kann in dem Sinne für die These der vorliegenden Arbeit übernommen werden, dass - auf die obligatorischen Aspekte der Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter beschränkt - die funktionell als privatrechtlich erkannten Ansprüche aus gegenseitigen Rechten und Verpflichtungen den Inhalt eines nicht vertraglichen privatrechtlichen Rechtsverhältnisses in Form eines Quasikontraktes zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter bilden, welcher durch Perfektion des Ernennungsaktes gleichzeitig mit dem receptum arbitri zur Entstehung gelangt.

4. Die Theorie vom privatrechtlich prozessrechtlichen Schiedsvertrag und vom privatrechtlich prozessrechtlichen Schiedsrichtervertrag und die Theorie vom Schiedsrichtervertrag auch als Prozessvertrag

Bemerkenswerte neue Impulse hat das Schrifttum über die Rechtsnatur des Schiedsrichtervertrages durch die beiden, im folgenden kurz dargestellten Theorien erhalten:

A) Der privatrechtlich prozessrechtliche Schiedsrichtervertrag

Contini und Gressly haben ein Modell erarbeitet, das darauf beruht, dass die Schiedsabrede zwar nicht dem Privatrecht, sondern dem Prozessrecht zugeordnet, aber dennoch privatrechtlich sei. Gestützt darauf sei auch der Schiedsrichtervertrag privatrechtlich, aber prozessrechtlich, aufzufassen 165).

Gressly entwickelt sein Gedankenmodell wie folgt:

Gestützt auf W. Burckhardts Einteilung allen Rechtes in die beiden Gruppen als formelles oder organisatorisches Recht einerseits und materielles oder Verhaltungsrecht andererseits, könne die weitere Einteilung sowohl des formellen wie des materiellen Rechts in öffentliches und privates Recht vorgenommen werden. Im allgemeinen werde das Prozessrecht, also jene Normen, die bestimmten, durch wen, in welchem Verfahren, das Recht vollstreckbar festgelegt werde, zum öffentlichen Recht gezählt. Die vollstreckbare Festsetzung des Rechts sei aber kein staatliches Monopol, sondern sie könne durch öffentliches Recht oder durch privates Recht geordnet werden. Der Staat bestimme nun, ob und wie Private durch Rechtsgeschäft selbst Recht setzen und wie sie die Rechtssetzung durch andere Private regeln könnten. Setze gestützt auf solche formelle organisatorische Normen ein Privater mit Wirkung für sich oder andere Recht, so sei das ein privatrechtliches Geschäft. Erfolge die Rechtsetzung gestützt auf eine formelle organisatorische Norm durch ein staatliches Organ, so handle es sich dabei um einen öffentlichen Akt. Dieses Modell könne nun aber auch gültig auf das Gebiet der Rechtsprechung übertragen werden. Mithin sei die staatliche Norm, welche die Rechtsprechung durch staatliche Organe regle, als öffentlichrechtlich zu bezeichnen, während die staatliche Norm und die durch sie zugelassene rechtsgeschäftliche Bestimmung, welche die durch Private ausgeübte Rechtsprechung regle, als privatrechtliches Prozessrecht zu bezeichnen sei.

165) Vgl. Contini S. 57 ff. und 228; Gressly S. 19.

Daraus folge, dass die staatlichen Bestimmungen, welche die Schiedsgerichtsbarkeit zulassen, und auch die rechtsgeschäftlichen Anordnungen, welche einen Schiedsrichter einsetzen und dessen Tätigkeit regeln, als privatrechtliches Prozessrecht aufzufassen seien, wenn der Schiedsrichter als Privatperson amte 166).

Mit anderen Worten führt diese Theorie zu folgendem Ergebnis: Beide Kategorien von Normen, sowohl das formelle organisatorische Recht wie das materielle Verhaltungsrecht, seien nach den gleichen Kriterien dem öffentlichen und dem privaten Recht zuzuordnen. Sie seien öffentlichrechtlich, wenn der Schiedsrichter als Träger öffentlicher Funktionen auftrete, jedoch privatrechtlich, wenn er Privatperson sei und keine amtliche Stellung einnehme.

Contini und Gressly betrachten den Schiedsrichter als Privatperson und seine Stellung gegenüber den Schiedsgerichtsparteien als rein privatrechtlich, weshalb sie sowohl alle den Schiedsvertrag wie alle das receptum arbitri betreffenden Normen als privatrechtliches Prozessrecht auffassen, als materielles Recht, welches das schiedsgerichtliche Verfahren und nicht die materiellen Rechtsbeziehungen der Beteiligten betreffe, und dem kantonalen Recht unterworfen sei.

Diese Unterscheidung in öffentlichrechtliches und privatrechtliches Prozessrecht wirkt verwirrend. Gestützt auf die Formel von Henckel und Meier, wonach sich das Prozessrecht als Inbegriff aller Normen definieren lässt, die menschliches Verhalten in einem auf ein Rechtspflegeziel ausgerichteten Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regeln 167), ist die Summe aller Schiedsrechtsvorschriften als Prozessrecht aufzufassen. Prozessrecht aber ist, wie Guldener unmissverständlich feststellt 168), öffentliches Recht. Folgen wir im weiteren der

166) Vgl. Gressly S. 21 ff.

167) Vgl. Meier "Iura novit curia" S. 9; Henckel S. 24 ff. und 408.

168) Vgl. Guldener ZSR 71 S. 238a Anm. 78.

These der vorliegenden Arbeit, dass der Schiedsrichter obrigkeitliche Funktionen ausübt und als Rechtspflegeorgan zu betrachten ist, so muss auch das Gedankenmodell von Contini und Gressly zur Auffassung führen, dass das gesamte Schiedsrecht dem öffentlichrechtlichen Prozessrecht angehört. Private Gerichtsbarkeit durch Privatpersonen ausserhalb staatlicher Jurisdiktion und ausserhalb staatlicher Gerichtsorganisation ist nicht existent. Die formellen organisatorischen Normen betreffend die Rechtsprechung müssen daher auch im Sinne des Modelles von Contini und Gressly als öffentlichrechtliches Prozessrecht erscheinen.

B) Die Theorie vom Schiedsrichtervertrag auch als Prozessvertrag

Entgegen der heute in Deutschland herrschenden Auffassung in Lehre und Rechtsprechung, der Schiedsrichtervertrag sei eine Figur des Privatrechts, vertritt Schwab neuerdings die Meinung, dass ihm auch der Charakter eines Prozessvertrages zukomme. Der kurzen Darstellung seiner Theorie sei jedoch zunächst vorausgeschickt, dass bei Schwab, im Gegensatz zur Unterscheidung, wie sie in der vorliegenden Arbeit getroffen wurde, die Begriffe des Schiedsrichtervertrages und des receptum arbitri als Summe aller Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter identisch sind.

Schwab entwickelt seine Argumentation gestützt auf Schiedermairs "Vereinbarung im Zivilprozess" wie folgt:
Im Schiedsverfahren hätten Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter die Stellung von Verfahrensbeteiligten. Durch den Schiedsrichtervertrag werde daher das Amt eines solchen Verfahrensbeteiligten geschaffen und seine Rechtsprechungskompetenz begründet. Die Frage müsse nun dahin lauten, ob diese Hauptwirkung des Schiedsrichtervertrages als unmittelbar prozessuale Wirkung im Sinne Schiedermairs aufzufassen sei. Das sei zu bejahen. Mit Begründung der schiedsrichterlichen Kompetenz durch Abschluss des Schiedsrichtervertrages werde das

Schiedsverfahren in eine neue prozessuale Lage versetzt. Ob einem Vertrag nun tatsächlich prozessuale Wirkungen zukämen, sei auf Grund eines einfach zu handhabenden, von Schiedermair entwickelten, Modells zu entscheiden. Nach dessen Meinung komme es nämlich darauf an, welches Rechtsgebiet die von den Parteien gewollten Wirkungen regle. Bei Abschluss des Schiedsrichtervertrages sei die von den Parteien gewollte Wirkung die Begründung der schiedsrichterlichen Kompetenz und damit die Schaffung seines Amtes, dessen Inhalt und Befugnisse vom Prozessgesetz geregelt seien. Somit sei auch nach der Lehre von Schiedermair eine prozessuale Wirkung zu bejahen. Eingewendet werden könne nun allerdings, dass nach Schiedermairs Auffassung der Prozessvertrag ein Vertrag zwischen den Parteien des Prozesses sei, indem diese sich wechselseitig Erklärungen abgäben. Dagegen werde der Schiedsrichtervertrag zwischen den Prozessparteien einerseits, und dem Schiedsrichter als Verfahrensbeteiligten andererseits, abgeschlossen. Damit sei das Erfordernis des Austausches wechselseitiger Erklärungen zwischen den Prozessparteien für das Vorliegen eines Prozessvertrages im Falle des Schiedsrichtervertrages nicht erfüllt. Daran könne aber die Annahme eines Prozessvertrages nicht scheitern, nur weil dabei nicht von einem wechselseitigen Vertrag zwischen den Parteien des Prozesses gesprochen werden könne. Das Entscheidende an Schiedermairs Forderung sei doch wohl, dass Verfahrensbeteiligte durch eine vertragliche Regelung auf das Verfahren Einfluss nähmen. Diese Voraussetzung sei aber auch beim Schiedsrichtervertrag gegeben 169).

Die These der vorliegenden Arbeit geht davon aus, dass der Schiedsrichtervertrag, wenn er zustande kommt, die obligatorischen Aspekte des *receptum arbitri* umfasst. Er regelt also die gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen von Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter. Diese Begriffsverwendung klammert also die Begründung der schiedsrichterlichen Rechtsprechungskompetenz als weitere wesentliche Wirkung des

169) Vgl. Schwab S. 511; Schiedermair insbesondere S. 22 und 39 ff.

receptum arbitri aus. Sie erfüllt daher die für die Annahme des Prozessvertrages geforderten Voraussetzungen nicht, die prozessuale Stellung von Verfahrensbeteiligten zu beeinflussen und das Schiedsverfahren in eine neue prozessuale Lage zu bringen. Hingegen kommen diese prozessualen Wirkungen zweifellos dem receptum arbitri als Summe aller Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter zu.

VI. Die Typisierung der obligatorischen Aspekte des receptum arbitri im privatrechtlichen Vertragsrecht

1. Grundsatz und Umfang der Anwendbarkeit des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes

In der Schweiz werden heute nach herrschender Meinung der Schiedsrichtervertrag respektive die obligatorischen Aspekte des Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter als Auftrag oder auftragsähnliches Verhältnis aufgefasst 170). Die Anwendbarkeit des Auftragsrechtes ergibt sich aus Art. 394 Abs. 2 OR, wonach alle privatrechtlichen Vertragsverhältnisse, die keinem besonderen Vertragstypus des OR zugeordnet werden können und eine Arbeits- oder Dienstleistung zum Inhalte haben, den Regeln des Auftragsrechtes unterstehen 171). Ebenfalls zur Anwendung des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes würde die Annahme führen, der

170) Vgl. ZR 26 Nr. 184 S. 365; ZR 29 Nr. 63 S. 186; nicht veröffentlichter Entscheid der III. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. September 1973 S. 20; Sträuli/Hauser N 1 zu § 371; Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 245; Guldener "ZPR" S. 584 f.; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 448; Leuch N 1 zu Art. 391; Gautschi N 34 c) zu Art. 394; Guhl/Merz/Kummer S. 291; Kummer "Grundriss des Zivilprozessrechtes" S. 45; Treyer S. 72; Vischer "Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz" S. 113; Sulzer S. 93; Gressly S. 45 und 46; Rüede/Hadenfeldt S. 147 II.1.

171) Vgl. abweichend: Schuppisser S. 57 f.; eine Uebersicht der abweichenden Meinungen: Contini S. 230, insbesondere S. 224 ff.

Schiedsrichtervertrag verkörpere einen Vertrag "sui generis", es sei denn, das kantonale Recht würde zu einem anderen Schluss zwingen 172). Dabei wäre jedoch äusserst fraglich, ob auf dem Hintergrund der Kompetenzausscheidung von Art. 64 Abs. 2 BV die Form eines privatrechtlichen Schiedsrichtervertrages sui generis gestützt auf kantonales Recht Bestand haben könnte 173).

Wenn auch der Grundsatz der Anwendbarkeit des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes auf den Schiedsrichtervertrag respektive die obligatorischen Aspekte des receptum arbitri ohne Einschränkung zu bejahen ist, so ist doch zugleich auch darauf hinzuweisen, dass das Auftragsrecht nicht mit der Gesamtheit seiner Normen zur Anwendung gelangen kann. Der Umfang der Anwendbarkeit wird begrenzt durch die spezifisch schiedsrechtlichen und zum Teil öffentlichrechtlich beeinflussten Eigentümlichkeiten des receptum arbitri. So kann das kantonale Prozessrecht abweichende oder inhaltsgleiche Bestimmungen enthalten, wie etwa bezüglich Formvorschriften, Statuierung und Gestaltung der Schadenersatzpflicht des Schiedsrichters oder Regeln betreffend die Honorierung und dergleichen 174). Keine Anwendung auf das Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter findet Art. 404 Abs. 1 OR, der jedem Vertragsteil eines Auftrags die freie Widerruflichkeit des Vertragsverhältnisses einräumt. Demgegenüber können Schiedsgerichtsparteien einen einmal ernannten Schiedsrichter

172) Vgl. Gressly S. 45 und 46.

173) Vgl. dazu: Schuppisser S. 60; die herrschende Meinung im deutschen Recht: Stein/Jonas/Schlosser vor § 1025 III. 1.; Baumbach/Schwab S. 88; Rosenberg/Schwab S. 955; Schwab im Gegensatz zur Auffassung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof, welche die Auffassung vertreten, beim Schiedsrichtervertrag handle es sich um einen Vertrag sui generis.

174) Ueber die Zulässigkeit kantonaler öffentlicher Vorschriften, die in das Zivilrecht eingreifen, vgl. unten 3.

nur noch gemeinsam abberufen 175), und dem Schiedsrichter steht die Möglichkeit des freien Rücktritts vom einmal übernommenen Schiedsrichteramt nicht offen 176). Im weiteren ist auch darauf hinzuweisen, dass ein Mandatar gemäss Art. 400 OR gehalten ist, gegenüber seinem Auftraggeber jederzeit Rechenschaft über seine Geschäftsbesorgung abzulegen. Diese Verpflichtung kann den Schiedsrichter jedoch nicht voll treffen. Wohl bleiben die Schiedsgerichtsparteien in jedem Stadium des Schiedsgerichtsprozesses Herren des Verfahrens, jedoch erheischt die Gewährleistung der persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit des Schiedsrichters und mithin das Gebot der Garantie des verfassungsmässigen Richters, dass dieser für die volle Dauer der schiedsrichterlichen Tätigkeit und mit Bezug auf sein Handeln als freier Richter und nach freier richterlicher Ueberzeugung völlig unabhängig und ohne jede Weisungsgebundenheit bleibe. Schliesslich kann für das Verhältnis zwischen Schiedsgerichtsbeteiligten auch keine Form der Substitution gemäss Art. 398/399 in Frage kommen. Das Schiedsrichteramt ist mit der Person des ernannten Schiedsrichters untrennbar verknüpft, und eine Uebertragung des Schiedsrichteramtes auf eine Hilfsperson des Beauftragten kann nicht in Frage kommen. Die Anwendbarkeit des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes beschränkt sich somit im wesentlichen auf die Fragenkreise des Schadenersatzes der Schiedsrichter bei Pflichtverletzung und der Honorierungspflicht und Ersatzpflicht der Schiedsgerichtsparteien.

2. Unmittelbare und analoge Anwendbarkeit des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes

A) Unmittelbare Anwendbarkeit

Die Vorschriften des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes gelangen unmittelbar zur Anwendung, wenn die obligatorischen

175) Dazu ist allerdings zu bemerken, dass die Zürcher ZPO wie auch die übrigen Nichtkonkordatskantone kein Abberufungsrecht der Parteien vorsehen wie z.B. Konk. Art. 22; dazu auch: Walder-Bohner SJZ 72 4. Abschnitt 3.

176) Vgl. Schuppisser S. 58.

Aspekte der Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter durch einen zwischen ihnen auf Grund vorhandenen Konsenses gemäss Art. 1 ff. OR zustandegekommenen Schiedsrichtervertrag ausgefüllt werden. Dieser privatrechtliche Schiedsrichtervertrag, der inhaltlich die obligatorischen Aspekte des receptum arbitri abdeckt, qualifiziert sich als Auftrag mit den oben unter 1. aufgeführten Einschränkungen.

B) Die Anwendbarkeit per analogiam

Liegt kein Schiedsrichtervertrag vor, so wird auf die obligatorischen Aspekte des receptum arbitri, die ihrer Funktion gemäss als privatrechtlicher Natur erkannt wurden, das Auftragsrecht durch Analogieschluss anwendbar. Die Analogie besteht in der Anwendung von Rechtsnormen auf andere, von ihnen nicht erfasste, jedoch ähnliche Tatbestände, und sie ist als Methode Ausdruck des Prinzips, dass Gleiches oder Aehnliches nicht verschieden behandelt werden soll. Als bewusste Methode der Rechtsanwendung zur richterlichen Rechtsfindung ist die Analogie heute allgemein anerkannt, obwohl nach den jüngsten Ergebnissen der Logik unbestritten sein mag, dass sie als Schlussform nicht zu zwingenden Folgerungen führen kann 177). Die analoge Anwendung jenes Rechts auf die obligatorischen Aspekte des receptum arbitri, das unmittelbar auf diese Aspekte zur Anwendung gelangt, wenn sie Inhalt eines eigentlichen Schiedsrichtervertrages bilden, steht als gültiges und richtiges Mittel zur Rechtsfindung indessen ausser Frage.

3. Obligationenrechtliches Auftragsrecht und prozessgesetzliche Normierung des receptum arbitri

Die Frage nach dem Verhältnis zwischen obligationenrechtlichem Auftragsrecht und prozessgesetzlicher Normierung des receptum

177) Vgl. Friedrich "Analogie als Mittel der richterlichen Rechtsfindung" S. 439 ff., insbesondere: S. 440 und daselbst Anm. 2 sowie S. 442.

arbitri, nach der Art der Konkurrenz, in welcher sie zueinander stehen, ist in der Literatur - soweit ersichtlich - nur recht rudimentär behandelt.

Eingehender hat sich beispielsweise Gressly mit diesem Problem beschäftigt. Das Ergebnis seiner Untersuchungen lässt an Klarheit nicht zu wünschen übrig, wenn er feststellt, dass die vom obligationenrechtlichen Auftragsrecht abweichenden prozessgesetzlichen Bestimmungen betreffend das receptum arbitri eigentliche "leges speciales" darstellten, denen gegenüber dem Bundeszivilrecht derogatorische Kraft zukomme: "Das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Schiedsrichter und Parteien untersteht soweit direkt dem Bundeszivilrecht, als keine abweichenden kantonalen Bestimmungen bestehen" 178).

In dieser Auffassung sieht sich Gressly durch Steiner bestätigt, der ebenfalls die Meinung vertritt, dass mit Bezug auf das receptum arbitri ausnahmsweise die Kompetenz der Kantone gegeben sei, in Sachen des bürgerlichen Rechts zu liefern. Der Zusammenhang zwischen Kompromiss und Rezept sei so eng, dass es sich rechtfertige, wenn der gleiche Gesetzgeber sich gleichzeitig mit beiden befasse 179).

Diese Auffassung Gresslys und Steiners müssen im Hinblick auf die Kompetenzausscheidung von Art. 64 BV jedoch etwelchen Bedenken rufen.

A) Bundeszivilrecht und kantonales Prozessrecht

Der Frage nach dem Bestehen einer Normkonkurrenz zwischen obligationenrechtlichem Auftragsrecht und prozessgesetzlicher Normierung des receptum arbitri hat die Ueberlegung vorauszu-

178) Vgl. Gressly S. 43; dazu auch: Rüede/Hadenfeldt, dass in den Prozessgesetzen enthaltene Regelungen über den Schiedsrichtervertrag den (allgemeinen) Bestimmungen des Auftragsrechts vorgehen, S. 148 II. 3.

179) Vgl. Steiner S. 56.

gehen, wie sich das Verhältnis zwischen beiden Normengruppen unter dem Gebot der Kompetenzausscheidung von Art. 64 BV darstellt.

Die Rückführung einer Normkonkurrenz zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht auf eine Kompetenzkonkurrenz ist a fortiori im Bundesstaat geboten, denn unter dem Aspekt der Kompetenzkonkurrenz wird der Konflikt zwischen materieller Rechtsetzungsbefugnis des Bundesgesetzgebers und des kantonalen Gesetzgebers aufgelöst. Die möglichst eindeutige Auflösung dieses Kompetenzkonfliktes zählt zu den Grundlagen des organisatorischen Grundprinzips unseres Staatswesens. Daher muss die Konkurrenz zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht im Lichte des Grundsatzes "Bundesrecht bricht kantonales Recht" primär nicht den Charakter einer Normkonkurrenz, sondern einer Kompetenzkonkurrenz gewinnen 180). Somit lässt das aus Art. 2 Uebergangsbestimmungen der BV fliessende Prinzip von der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nur das kompetenzgemässe kantonale Recht als rechtsgültig erscheinen. Denn das Bundesverfassungsrecht und das kompetenzgemässe Bundesgesetzesrecht sind immer zugleich Kompetenzrecht und als solches negative materielle Gültigkeitsbedingung des kantonalen Rechts 181). Welche Rechtssphären nun der Legiferierung durch den kantonalen Gesetzgeber vorbehalten sind, entscheidet die Kompetenznorm von Art. 64 BV. Diese Norm trennt die Rechtsetzungsbefugnis nach rein formaljuristischen Begriffen und trifft bei der Ausscheidung kein Präjudiz der materiellen gesetzgeberischen Frage. Da sich die Rechtsordnung jedoch als Einheit darstellt und sich namentlich die Grenzlinie zwischen Bundeszivilrecht und kantonalrechtlicher Regelung der streitigen Gerichtsbarkeit - wie Burckhardt sich ausdrückt - sowohl in der Theorie, wie nach der Absicht der Bundesverfassung und dem positiven Recht als mehrfach verschlungen zeigt, greift das materielle Zivilrecht, soll es in seiner Wirkung nicht gelähmt sein, bisweilen durch die Regelung von

180) Vgl. Imboden "Bundesrecht bricht kantonales Recht" S. 60.

181) Vgl. Fleiner/Giacometti S. 92 ff.

Verfahrenssfragen oder der Gerichtsorganisation in die Rechtsetzungskompetenz der Kantone ein 182). Die Kantone müssen diesen, für die Vereinheitlichung des materiellen Zivilrechts oft unentbehrlichen, Eingriff in ihre Rechtsetzungskompetenz auch regelmässig dulden, denn der Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" gilt nicht nur für das kompetenzgemässe, sondern auch für das kompetenzwidrige Bundesrecht, weil auch diesem der Charakter des Kompetenzrechtes zukommt 183). Aus diesen Erkenntnissen kann nun aber keineswegs - wie Gressly und Steiner es etwa tun - der Umkehrschluss gezogen werden, die Kantone seien ihrerseits ebenfalls befugt, in die Rechtsetzungskompetenz des Bundes einzugreifen, wenn das für die Vereinheitlichung der ihnen zur Regelung überlassenen Gesetzesmaterie unentbehrlich erscheint. Wohl verleiht der Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechts gemäss Art. 6 Abs. 1 ZGB diesem sogenannte "Expansivwirkung" gegenüber der Anwendbarkeit des Bundeszivilrechts. Verletzt diese Expansivkraft jedoch die ihr mit dem Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" gezogene Grenze, so muss sie zum Erlöschen kommen 184). In diesem Sinne ist denn auch die Feststellung des Bundesgerichtes zu verstehen, die Kantone könnten durch öffentliches

182) Vgl. Burckhardt "Kommentar BV", S. 589.

183) Vgl. Fleiner/Giacometti S. 94/95.

184) Vgl. Huber Art. 6, N 90; mit Bezug auf das kantonale Prozessrecht als Teil des öffentlichen Rechts ist allerdings darauf hinzuweisen, dass Huber dieser Sparte öffentlichen Rechts keine Expansivkraft zumisst. Das kantonale Prozessrecht stehe unter dem Vorbehalt von Art. 64 Abs. 3 BV und nehme im Verhältnis zum Bundeszivilrecht eine dienende Rolle ein. Die bundesrechtliche Verpflichtung der Kantone, die Gerichtsorganisation und das gerichtliche Verfahren zu regeln, habe mit dem Vorbehalt zugunsten des öffentlichen kantonalen Rechts unmittelbar nichts zu tun, N 45 - 48. Vgl. dazu aber: § 68 Zürcher ZPO; Sträuli/Messmer zu § 68 N 1: Die Regelung der Prozessentschädigung sei den Kantonen vorbehaltenes materielles Zivilrecht; vgl. aber auch Ammann zur Frage nach der Rechtsnatur der Prozessentschädigung, § 3.

Recht das Anwendungsgebiet des Bundeszivilrechts zwar einzuschränken, doch arbeiteten sie nicht mit Mitteln des öffentlichen Rechts, wenn sie das Bundeszivilrecht abänderten, da dies der Aufstellung eigener Rechtssätze privatrechtlichen Inhaltes gleichkomme 185). Die prozessgesetzliche Normierung des receptum arbitri durch die Kantone muss daher insoweit als rechtsungültig erscheinen, als sie die Kompetenz des Bundes, im materiellen Zivilrecht zu legiferieren, verletzt.

Als streitig mag gelten, ob auch jenes kantonale öffentliche Recht als kompetenzwidrig zu gelten hat, welches das Bundesrecht zwar nicht abändert, es inhaltlich aber wiederholt. Während Burckhardt solche Normen des kantonalen öffentlichen Rechts als gültig erachtet, ihnen jedoch keine selbständige Bedeutung zumisst 186), sprechen Huber und Fleiner-Giacometti auch in diesem Falle von ungültigem, weil kompetenzwidrigem kantonalen öffentlichen Recht 187).

- B) Spezialität, Anspruchsnormenkonkurrenz und Korrelation zwischen prozessgesetzlicher Normierung des receptum arbitri und obligationenrechtlichem Auftragsrecht .
- a) Spezialität abweichender prozessgesetzlicher Normierung des receptum arbitri

Die unter A) oben gewonnenen Erkenntnisse verbieten im Gegensatz zu den Auffassungen Gresslys und Steiners die Annahme, dass prozessgesetzliche Vorschriften über das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter, soweit solche Normen vom obligationenrechtlichen

185) ZBJV 74 S. 433 f.

186) Vgl. Burckhardt "Kommentar BV", S. 823.

187) Vgl. Huber N 21 zu Art. 6; da die Gesetzgebungshoheit des Bundes für das Zivilrecht ausschliesslich sei, entstehe auch eine Bundeswidrigkeit in Gestalt einer Kompetenzwidrigkeit, wenn ein Kanton eine zivilrechtliche Norm erlasse, die zwar inhaltlich dem Bundeszivilrecht nicht widerspreche, sondern an sich geeignet wäre, es zu ergänzen. Vgl. auch Fleiner/Giacometti S. 95.

Auftragsrecht abweichen, den Charakter der Spezialität aufweisen. Alle Prozessvorschriften betreffend das *receptum arbitri*, die mit dem Bundeszivilrecht im Widerspruch stehen, entbehren als kompetenzwidriges kantonales Recht jeglicher Rechtsgültigkeit.

Interessant mag in diesem Zusammenhang sein, kurz auf die Frage einzutreten, ob die in Art. 375 alt. ZPO Genf und in den §§ 365/366 der luzernischen ZPO enthaltenen Formvorschriften für das Zustandekommen auch des Schiedsrichtervertrages als gegen den Grundsatz der Formfreiheit des obligationenrechtlichen Auftrages verstossend rechtsungültig erscheinen oder nicht. Wie in der alten Genfer ZPO werden im Prozessgesetz von Luzern der "contract d'arbitrage", die "nomination" und die "acceptation" offenbar als Einheit behandelt und bilden kraft Prozessgesetzes ein einziges Schriftstück 188). Soweit diese Bestimmungen dem legislatorischen Ziel dienen, den prozessrechtlichen Ernennungsakt abschliessend zu normieren, die formelle Bestellung des Schiedsgerichtes prozessgesetzlich zu sichern, stellen sie kompetenzgemässes kantonales Prozessrecht dar. Der Wortlaut namentlich der Luzerner ZPO weist denn auch deutlich auf die Verwirklichung dieser legislatorischen Zielsetzung hin 189). Zwar darf nicht verkannt werden, dass gemäss Art. 375 alt. ZPO Genf und § 365 der luzernischen ZPO mit der Perfektion des Ernennungsaktes unter dem Gebot der Schriftform auch ein eigentlicher Schiedsrichtervertrag zustandekommt, was als Widerspruch zum grundsätzlich formfreien Auftrag des OR erscheinen mag. Doch ist gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass

188) Vgl. Nötzli S. 52.

189) Vgl. §§ 365/366 Luzerner ZPO: So ist gemäss § 366 Luzerner ZPO die Schiedsrichterernennung und der Abschluss eines allfälligen Schiedsrichtervertrages nicht ausdrücklich an die Form von § 365 gebunden. Auch die schriftliche Wahlannahme gemäss § 366 Ziff. 5 im Falle der Ernennung durch den Gerichtspräsidenten dient vordringlich der störungsfreien Bestellung des Schiedsgerichts, ist diesfalls nach den Erkenntnissen von oben III. das Zustandekommen eines privatrechtlichen Schiedsrichtervertrages doch auszuschliessen.

nach den zitierten Prozessgesetzbestimmungen der Schiedsrichter-vertrag stets nur als Rahmenvertrag zur Entstehung gelangt und es Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter unbenommen bleibt, den Inhalt dieses Rahmenvertrages jederzeit formfrei zu vereinbaren.

- b) Das Verhältnis zwischen prozessgesetzlicher Normierung des receptum arbitri und obligationenrechtlichem Auftragsrecht im Lichte der Theorie von der Anspruchsnormenkonkurrenz

Folgende Ueberlegung sei vorausgeschickt: Wie ausgeführt, sind die Auffassungen darüber unterschiedlich, ob das mit dem Bundeszivilrecht inhaltlich identische kantonale öffentliche Recht gültig oder, weil nicht kompetenzgemäss, nichtig sei. Auch wenn von der Gültigkeit solchen kantonalen Rechts ausgegangen werden will, muss zumindest eine selbständige Bedeutung desselben neben dem identischen Bundeszivilrecht verneint werden. Auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen prozessgesetzlicher Normierung des receptum arbitri und obligationenrechtlichem Auftragsrecht übertragen, bedeutet das, dass jene Prozessbestimmungen als ungültig bzw. ohne selbständige Bedeutung neben dem Bundeszivilrecht erscheinen, welche bestimmte Tatbestände gleich regeln wie jenes. Als Beispiele mögen etwa Art. 391 alt.ZPO Bern und § 282 als.ZPO Solothurn dienen, welche die Solidarhaft der Schiedsgerichtsparteien für das Honorar des Schiedsrichters statuieren. Da die Schiedsgerichtsparteien den Schiedsrichter jedoch zusammen in gegenseitiger Vertretung oder durch gemeinsam erteilte Vollmacht ernennen oder ernennen lassen und er im Falle der Ernennung gestützt auf die prozessgesetzliche Ergänzungsernennungsbefugnis stets für beide Parteien zusammen ernannt wird, entspricht die prozessgesetzlich normierte Solidarhaft für Honorar und Auslagenersatz sowohl einem Ergebnis der allgemeinen Vertragslehre 190) wie auch der Spezialnorm

190) Vgl. Guhl/Merz/Kummer S. 56.

von OR Art. 403 191). So hat denn auch Leuch festgestellt, dass die Bestimmung von Art. 391 alt.ZPO Bern mit Bezug auf die darin normierte Solidarhaft der Schiedsgerichtsparteien für das schiedsrichterliche Honorar und dem Auslagenersatz keine selbständige Bedeutung habe, weil diese Solidarhaft auch kraft materiellen Zivilrechts bestehe 192).

Will man nun aber - etwa ähnlich wie Gressly - auch diesen prozessgesetzlichen Normen selbständige Gültigkeit zumessen, so mag eine kurze Betrachtung darüber von Interesse sein, wie sich die Frage der Anwendbarkeit dieser Prozessvorschriften und des Bundeszivilrechts im Lichte der Theorie von der Anspruchsnormenkonkurrenz beurteilt: Während unter Anspruchskonkurrenz das Nebeneinander von Normen zu verstehen ist, welche trotz Personen- und Leistungsidentität so wesensverschieden sind, dass jede von ihnen einen eigenen Anspruch erzeugt 193), baut die neuere deutsche und italienische Lehre von der Anspruchsnormenkonkurrenz auf einem neuen Anspruchsbegriff auf. "Der Anspruch wird nicht mehr als zwingender Ausfluss eines einzelnen Rechtssatzes verstanden, sondern er charakterisiert eine materielle Rechtsgrundlage, welche sehr wohl auf einer Mehrzahl von Anspruchsgrundlagen fussen kann. Die Anzahl von Gesetzestatbeständen bedingt nicht eine entstandene Anzahl von Ansprüchen, weil ein Anspruch nicht immer mit den Merkmalen einer einzigen Norm erfasst werden kann. Quelle der materiellen Berechtigung ist nicht der einzelne Rechtssatz, sondern die gesamte Rechtsordnung" 194). Auf die Konkurrenz der Normenkomplexe des OR und des darin enthaltenen Auftragsrechtes und des Prozessrechtes mit Bezug auf die inhaltsgleiche Normierung der obligatorischen Aspekte des receptum arbitri übertragen, bedeutet das, dass gewisse Ansprüche, wie etwa im

191) Vgl. Strüßli/Messmer/Wiget N 1 zu § 245; dazu aber auch: Schuppisser S. 84 f.

192) Vgl. Leuch zu Art. 391.

193) Das Wesen der Anspruchskonkurrenz nach schweizerischer Begriffsverwendung in: Schiess S. 183/184 Anm. 23.

194) Vgl. Schiess S. 184/185.

Falle der prozessgesetzlich normierten Solidarhaft, aus der einen wie der anderen Normengruppe hergeleitet werden können. Die Bestimmungen beider Normengruppen - würden sie gleichwertig und mit selbständiger Gültigkeit nebeneinanderstehen - bewirken also eine einzige Klage, die auf verschiedenen Normen beruhte. Die entscheidende Frage, auf welche Norm bzw. welchen Normenkomplex sich eine Klage nun zu stützen hätte, könnte im Sinne der Lehre von der verdrängenden Konkurrenz dahin beantwortet werden, dass nach dem Zwecke des Gesetzes jene Norm bzw. jener Normenkomplex zur Anwendung gelangen müsste, der den fraglichen Sachverhalt erschöpfend regelt. Der legislatorische Zweck einer prozessgesetzlich statuierten Solidarhaft der Schiedsgerichtsparteien für das Schiedsrichterhonorar liegt und erschöpft sich nun aber zweifellos darin, dass der Schiedsrichter, welcher die Kosten möglicherweise der unvermögenden Partei auferlegen muss, für sein Honorar auch kraft Prozessgesetzes gesichert ist. Im Gegensatz zur prozessgesetzlichen Grundsatzregelung dieser Frage enthalten das allgemeine Vertragsrecht und das Auftragsrecht jedoch zusätzliche Bestimmungen betreffend den Honoraranspruch und die Honorierung des Beauftragten. Deshalb hat in diesem Falle und in ähnlichen Fällen der Anspruchsnormenkonkurrenz zwischen prozessgesetzlicher Normierung des *receptum arbitri* und obligationenrechtlichem Auftragsrecht in Anlehnung an die Lehre von der verdrängenden Konkurrenz und im Sinne von Dietz 195) die Anwendbarkeit der prozessgesetzlichen Norm als subsidiäre Vorschrift hinter der Anwendung der erschöpfenden und mithin primären privatrechtlichen Norm zurückzutreten.

- c) Die Korrelation zwischen prozessgesetzlicher Normierung des *receptum arbitri* und obligationenrechtlichem Auftragsrecht

Prozessgesetzliche Normierung des *receptum arbitri* und Auftragsrecht können schliesslich auch Normen enthalten, welche zwar gleiche Tatbestände regeln, an diese Regelung jedoch

195) Vgl. Dietz S. 62.

unterschiedliche, spezifisch prozessrechtliche oder spezifisch privatrechtliche, Rechtsfolgen knüpfen. So finden beispielsweise die zivilrechtlichen Bestimmungen über die sorgfältige und getreue Geschäftsführung und Geschäftsbearbeitung durch den Beauftragten gemäss Art. 398 OR ihr Korrelat bei Verletzung in seiner Schadenhaftung, während die prozessgesetzliche Verpflichtung des Schiedsrichters zur sorgfältigen und beförderlichen Erledigung des Rechtsstreites gemäss § 245 Zürcher ZPO den Schiedsgerichtsparteien einen Anspruch auf disziplinarische Bestrafung des Fehlbaren einräumt, wenn dieser in seiner Amtstätigkeit säumig oder sonstwie pflichtvergessen ist. Die privatrechtliche und die prozessrechtliche Rechtsfolge der in beiden Normenkomplexen statuierten Verpflichtung ergänzen sich gegenseitig und stellen die Gesamtheit der Rechtsfolgen dar, die an das pflichtvergessene Verhalten eines Schiedsrichters geknüpft werden können. Ob alle diese Rechtsfolgen oder nur ein Teil davon eintreten sollen, richtet sich nach der Anspruchsgestaltung des Ansprechers. In diesen Fällen der Korrelation zwischen Normen des Prozessrechtes und jenen des Obligationenrechtes wird jeweils jene Anspruchsnorm Anwendung finden, welche die gewünschte Rechtsfolge regelt.

VII. Das Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsgerichtssekretär

Ein ebenfalls als auftragsähnlich zu qualifizierendes Vertragsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsgerichtssekretär kommt nur zustande, wenn dieser von den Parteien selbst bestellt oder seine Beiziehung durch das Schiedsgericht, durch die Schiedsgerichtsparteien doch vorgesehen war. Zieht ein Schiedsrichter oder ein mehrköpfiges Schiedsgericht einen Schiedsgerichtssekretär ohne Geheiss der Parteien von sich aus bei, so entsteht ein Vertragsverhältnis zwischen Sekretär und Schiedsrichter - bei mehrköpfigen Schiedsgerichten in der Regel zwischen Sekretär und Obmann -, und der Schiedsrichter haftet dem Schiedsgerichtssekretär direkt für dessen Honorar.

Dieses kann ersterer von den Schiedsgerichtsparteien unter dem Titel "Auslagenersatz" zurückverlangen 196). Im übrigen gelten die Rechte und Pflichten des Schiedsrichters sinngemäss auch für den Schiedsgerichtssekretär 197).

§ 12 Die Entstehung des Honoraranspruchs "de principio"

I. Die Quellen des klagbaren Anspruchs auf Schiedsrichterhonorar "de principio"

Der Schiedsrichtervertrag als Inbegriff aller obligatorischen Aspekte des receptum arbitri qualifiziert sich als Auftrag oder auftragähnliches Verhältnis, auf welches die Vorschriften des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes gemäss Art. 394 ff. OR direkt zur Anwendung gelangen. Per analogiam gelangen dieselben Normen des OR zur Anwendung bei Fehlen eines eigentlichen Schiedsrichtervertrags, indem sich die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter ihrer Funktion gemäss als privatrechtlicher Natur erweisen und Inhalt eines nichtvertraglichen, privatrechtlichen Quasikontraktes bilden. Die Anwendbarkeit des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes erstreckt sich räumlich auf den ganzen Geltungsbereich des schweizerischen Obligationenrechtes, mithin auf alle Schiedsgerichte mit Sitz sowohl in Zürich als auch in der übrigen Schweiz; diese Feststellung soll vorerst jedoch nur für die Beurteilung der Frage nach dem Anspruch auf ein Schiedsrichterhonorar "de principio" getroffen sein 198).

Die Quellen des Honoraranspruchs aus Auftrag sind dreifach:

196) Vgl. Leuch N 1 zu Art. 391.

197) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 5 zu § 245.

198) Zur Herrschaft des Sitzesrechtes über den Schiedsrichtervertrag als Inbegriff der obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter siehe oben § 4 IV. sowie unten § 14 I.

1. Das Gesetz

Als Quelle des klagbaren Anspruchs "de principio" kommt das Gesetz nur bei jenen Arten von Aufträgen in Frage, die in ihm als qualifiziert entgeltlich kodifiziert sind 199). Da das positive materielle Zivilrecht den Typus eines "Schiedsrichtervertrages" als qualifiziert entgeltlichen Auftrag nicht kennt, muss diese Quelle für die Entstehung des Schiedsrichterhonorars "de principio" entfallen. Diese Feststellung behält ihre Gültigkeit auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass neben OR und ZGB als Zivilrechtskodifikationen Normen zivilrechtlichen Inhalts aus drei weiteren Arten von Quellen fliesen, nämlich aus Sondergesetzen und Verordnungen des Bundes, aus kantonalen Erlassen und aus Ortsübung 200). Letztere Quelle nimmt - wie nachstehend auszuführen sein wird - als "mittelbares Gesetzesrecht" jedoch eine Sonderstellung ein, die gerade im Zusammenhang mit der Frage nach der Entgeltlichkeit des Schiedsrichteramtes einer eingehenden Würdigung zu unterziehen sein wird.

2. Vereinbarung

Vereinbarungen, die das Prinzip des Honoraranspruchs festlegen, sind allgemein selten zu finden und erweisen sich dort ohnehin als überflüssig, wo die Mandate von Gesetzes wegen oder aus Übung entgeltlich sind, was namentlich für die berufsmässig ausgeübten gilt 201). Auch mit Bezug auf die Entgeltlichkeit des Schiedsrichteramtes dürften Honorarabreden hauptsächlich die Kriterien zur Ermittlung des Honoraranspruches "de quantitate" zum Inhalt haben, woraus konkludent wiederum die Rechtsüberzeugung über die stillschweigende Abrede

199) Vgl. Gautschi N 82 zu Art. 394 lit. a).

200) Vgl. Furr/Schwyder "Das Schweizerische Zivilgesetzbuch" S. 21/22; ganz allgemein zu Begriff und Inhalt von Übung und Ortsgebrauch im schweizerischen Zivilrecht: Pfenninger.

201) Vgl. Gautschi N 82 zu Art. 394 lit. c).

der Parteien resultiert, für die schiedsrichterliche Tätigkeit bestehe der Grundsatz der Entgeltlichkeit.

3. Die Uebung

Fehlt es neben gesetzlicher Grundlage an einer Parteiabrede hinsichtlich des Prinzips der Entgeltlichkeit, so beurteilt sich gemäss Art. 394 Abs. 3 OR die Frage nach dem Anspruch auf ein Schiedsrichterhonorar "de principio" nach Bestand und Inhalt einer entsprechenden Uebung. Angesichts des Umstandes, dass in vielen Schiedsabreden oder namentlich auch bei Schiedsrichterernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsernennungsordnung Stipulationen über Entgeltlichkeit oder Ehrenamtlichkeit des Schiedsrichteramtes oft fehlen, kommt der Ortsübung bei der Entscheidung dieser Frage entscheidende Bedeutung zu.

II. Die Uebung als Quelle des Anspruchs auf Schiedsrichterhonorar "de principio"

1. Die Uebung als mittelbares Gesetzesrecht

Unter Verzicht auf eine eigene Regelung greift das Gesetz gelegentlich auf den sogenannten Ortsgebrauch, die Ortsübung, zurück. Ortsübung und Ortsgebrauch stellen sich als Erscheinungen von Verkehrsauffassungen dar; diese wiederum sind Ausdruck von Rechtsüberzeugungen, die von einer mehr oder minder grossen Zahl von Menschen für den Verkehr oder im Verkehr beobachtet werden (202); Rechtsüberzeugungen also, die zum Ausdruck bringen, was an bestimmten Orten Gang und Gäbe ist, was dort seit geraumer Zeit als rechtens getan und beobachtet wurde (203). Das solchermassen Gebräuchliche und Uebliche tritt durch die Verweisung des Gesetzes auf die Uebung, deren Inhalt sie bilden, aus dem faktischen in den rechtlichen Bereich über und wird so zu einem Bestandteil des objektiven Rechts, zum

202) Vgl. Liver N 67 zu Art. 5 ZGB.

203) Vgl. Tuor/Schnyder S. 27.

"mittelbaren Gesetzesrecht" 204). Die so erreichte Vervollständigung der Rechtsnormen dient dem Ziel, eine differenziertere, sachlich richtigere, Regelung zu finden und damit den Schematismus des Gesetzes aufzulösen. Bestand und Inhalt von Uebung und Ortsgebrauch festzustellen, stösst nun aber auf grosse Schwierigkeiten. Als Anhaltspunkt für den Bestand einer Uebung sieht das ZGB in Art. 5 Abs. 2 im Sinne einer "widerlegbaren" Vermutung vor, dass - weil unter Uebung und Ortsgebrauch der Rechtsbrauch zu verstehen ist, welcher in den einzelnen Landesteilen, Kantonen und Kantonsteilen getätigt wird - Uebung und Ortsgebrauch dem kantonalen Recht entsprechen, sei es, dass mit diesem schon bestehender Brauch oder Gewohnheitsrecht kodifiziert worden ist, sei es, dass sich die Befolgung oder die richterliche Anwendung des bisherigen kantonalen Rechts zur Gewohnheit verdichtet hat 205). Wo Bestand und Inhalt von Uebungen aber nicht durch bisheriges kantonales Privatrecht gegeben und ausgefüllt sind, obliegt es dem Richter, sie als Tatfrage, nicht etwa als Rechtsfrage, festzustellen.

2. Der Anspruch auf Schiedsrichterhonorar "de principio"
als Inhalt der Uebung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR

Der Verweis von Art. 5 Abs. 2 ZGB auf das bisherige kantonale Zivilrecht als mutmasslicher Inhalt gesetzlicher Uebung führt für den Kanton Zürich mit Bezug auf die Frage der Entgeltlichkeit des Schiedsrichteramtes zu keinem Ergebnis. Das gilt, soweit ersichtlich, auch für die übrigen Kantone. Es kann nun aber keinem Zweifel unterliegen, dass dem Schiedsrichter aus Uebung als mittelbarem Gesetzesrecht ein Anspruch auf Honorar "de principio" erwächst, wenn die ehrenamtliche Erbringung der schiedsrichterlichen Tätigkeit nicht ausdrücklich vorgesehen war oder aus den besonderen Umständen nicht "zweifelsfrei" und "zwingend" zum Ausdruck kam. Diese Ueberzeugung bringt auch

204) Vgl. Tuor/Schnyder zit. Anm. 203; Guhl/Merz/Kummer S. 28.

205) Vgl. Liver N 91 zu Art. 5; Tuor/Schnyder S. 27/28; Guhl/Merz/Kummer S. 28.

Wiget zum Ausdruck, wenn er - ohne seine Aussage auf den Fall der Entgeltlichkeit des Schiedsrichteramtes auf Grund entsprechender Parteiabrede einzuschränken - darauf hinweist, dass sich der Anspruch des Schiedsrichters auf Honorierung seiner Tätigkeit nicht aus § 247 Zürcher ZPO oder aus einer anderen Norm des Prozessgesetzes, sondern aus Art. 394 Abs. 3 OR ergebe 206). Dass eine mit allen Merkmalen der Uebung versehene Verkehrsauffassung der Entgeltlichkeit des Schiedsrichteramtes besteht, dürfte auch den Ansichten Guldener und Walders entsprechen, die - ebenfalls ohne Einschränkung auf den Fall des Honoraranspruches durch Parteiabrede - die Meinung vertreten, dem Schiedsrichter stehe ein Honorar zu, er sei für seine Tätigkeit zu entschädigen 207). Der Bestand einer Uebung mit dem Inhalt, dass die Schiedsrichter auch bei Fehlen einer entsprechenden Abrede Anspruch auf Honorar haben, muss schliesslich auch als indiziert gelten, wenn den Schiedsrichtern ein durch prozessgesetzliche Vorschrift festgeschriebenes Recht eingeräumt wird, die Aufnahme bzw. Weiterführung der schiedsrichterlichen Tätigkeit von der Sicherstellung ihres Honoraranspruches durch entsprechende Kostenvorschüsse abhängig zu machen. In diesem Zusammenhang darf sodann auch auf die deutsche Lehre 208) hingewiesen werden, wonach die Entgeltlichkeit des Schiedsrichteramtes als üblich gilt und dafür im Zweifel eine Vermutung besteht 209).

206) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 247.

207) Vgl. Guldener "ZPR" S. 585 und 588; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 450.

208) Dabei ist jedoch mit der gebotenen Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass in Deutschland "Uebung" und "üblich" keineswegs die gleiche Bedeutung haben wie im Schweizerrecht.

209) Vgl. Baumbach S. 70; Stein/Jonas/Schlosser vor § 1025 III. 2.; Baumbach/Schwab S. 94.

III. Der Anspruch auf Schiedsrichterhonorar "de principio"
im Lichte des Verhältnisses zwischen Uebung, Gewohn-
heitsrecht und richterlicher Rechtsschöpfung

Die Feststellung, dass dem Schiedsrichter aus Uebung als mittelbarem Gesetzesrecht "de principio" ein Anspruch auf Honorierung seiner Tätigkeit erwachse, hat nicht nur für Zürich, sondern auch für die übrigen Kantone Gültigkeit, denn es muss als in allen Landesteilen der Schweiz beobachteter und getätigter Brauch betrachtet werden, dass dem Schiedsrichter für seine Mühewaltung eine Entschädigung zustehe 210). Wenn nun dieser Brauch von den beteiligten Rechtssubjekten mit der "opinio necessitatis", mit der Rechtsüberzeugung also, es handle sich dabei um etwas Verbindliches, rechtlich Zwingendes, verfolgt wird, so sind die Voraussetzungen für die Bildung von Gewohnheitsrecht gegeben 211). Es erscheint nun kaum als zweifelhaft, dass diese Voraussetzungen mit Bezug auf die Entgeltlichkeit des Schiedsrichteramtes erfüllt sind. Da Uebung und Ortsgebrauch als Erscheinungen der Verkehrssitte jedoch immer partikuläres Recht darstellen, bleibt es das Gesetz und zwar das Bundeszivilrecht, das ihnen normative Kraft verleiht 212). Auch die mit der "opinio necessitatis" verfolgte und solchermaßen zum Gewohnheitsrecht "verdichtete" Uebung kommt daher nicht als Gewohnheitsrecht, sondern immer als mittelbares eidgenössisches Gesetzesrecht zur Anwendung 213).

Die angestellten Ueberlegungen mögen aber doch folgendes zum Ausdruck bringen: In der Schweiz besteht - unabhängig davon, welchem Vertragstypus des OR oder welchen Regeln des Privatrechts überhaupt die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter auch immer

210) Vgl. Gressly S. 27; Treyer S. 72; Nötzli S. 68.

211) Vgl. Meier-Hayoz N 231 zu Art. 1;
Tuor/Schnyder S. 36.

212) Vgl. Liver N 109 zu Art. 5.

213) Vgl. Liver N 110 zu Art. 5.

unterstellt werden - der mit der "opinio necessitatis" getätigte Brauch, den Schiedsrichter für seine Tätigkeit zu entschädigen. Der Anspruch auf Schiedsrichterhonorar erscheint somit - sollte aus irgendwelchen Gründen die Anwendbarkeit der gemäss Art. 394 Abs. 3 OR geltenden Uebung bestritten sein - auch aus ungeschriebenem, subsidiär zur Lückenfüllung des Gesetzes heranzuziehendem Gewohnheitsrecht gesichert.

Wäre schliesslich auch die Entgeltlichkeit des Schiedsrichteramtes aus Gewohnheitsrecht nicht eindeutig und bestritten, so könnte das Ergebnis originärer richterlicher Rechtsschöpfung gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB mindestens für den Platz Zürich nicht zweifelhaft sein und würde als Resultat die Entgeltlichkeit der schiedsrichterlichen Tätigkeit zum Inhalt haben. Denn für Zürich, das als internationaler Finanz- und Handelsplatz und als Sitz der Zürcher Handelskammer, die eine für die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit nicht unbedeutende Schieds- und Schlichtungsordnung kennt, für die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen etwelche Bedeutung geniesst, ist an der gefestigten Verkehrsauffassung, der Schiedsrichter sei für seine Tätigkeit zu honorieren und dieser Honoraranspruch sei, wenn nicht vertraglich begründet, so seiner Funktion entsprechend privatrechtlicher Natur, nicht zu zweifeln. Diesen Umstand würde der Richter, wenn er bei eigener Rechtsschöpfung gemäss Art. 1 Abs. 3 bewährter Lehre und Ueberlieferung folgt, zur Grundlage seines Entscheides machen.

Im Sinne dieser Ueberlegungen über das Verhältnis zwischen Uebung, Gewohnheitsrecht und richterlicher Rechtsschöpfung mit Bezug auf die Entgeltlichkeit des Schiedsrichteramtes ist denn auch die Auffassung Guldener's zu werten, dem Schiedsrichter stehe ein Honorar zu, auch wenn ihm kein solches durch "privatrechtliches Rechtsgeschäft" zugesichert worden sei (214). Denn

214) Nicht geteilt werden kann daher die Auffassung Gressly's, Guldener bringe damit zum Ausdruck, der Schiedsrichter habe aus öffentlichem Recht Anspruch auf Honorar -, S. 126 Anm. 3.

wenn Guldener ausdrücklich schreibt, der Honoraranspruch bestehe auch ohne Zusicherung durch entsprechendes privatrechtliches Rechtsgeschäft, so hat er damit doch wohl die Begründung des Honoraranspruchs auch für jene Fälle im Auge, in denen auf Grund der Schiedsrichterernennung im Sinne gesetzlicher Ergänzungsordnung ein eigentlicher Schiedsrichtervertrag oder auch sonst eine Parteiabrede betreffend die Honorierung der schiedsrichterlichen Tätigkeit fehlt.

§ 13 Die definitive Festlegung des Schiedsrichterhonorars

I. Klagegrundlagen und Klageformen

Die definitive Festlegung des Schiedsrichterhonorars als Kontraktsleistung bzw. Leistung aus Quasikontrakt obliegt im Streitfall dem staatlichen Richter. Für die Entscheidung der Frage, welcher staatliche Richter in welcher Funktion für die endgültige Festlegung des Schiedsrichterhonorars örtlich und sachlich zuständig sei, ist zunächst folgende Unterscheidung zweier grundsätzlich verschiedener Formen schiedsrichterlicher Kostenfestsetzung bedeutsam:

Auf Grund der Prozessgesetze Zürichs und der übrigen Nichtkonkordatskantone, mit Ausnahme von Appenzell A.Rh., wie auch nach deutschem Schiedsrecht stellt die schiedsrichterliche Festsetzung des Honorars im Schiedsspruch bei Streitigkeiten über das Honorar als "Entscheid in eigener Sache" keinen vollstreckbaren Titel dar, sondern ist lediglich als unverbindliche Rechnungstellung zu werten 215).

Im Gegensatz dazu kann - mangels anderer Parteiabrede - nach dem Prozessgesetz von Appenzell A.Rh. und nach Konkordat, ähnlich wie auf Grund der alten Zivilprozessordnungen von

215) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 247; siehe im weiteren dazu unten II. und dortige Anmerkungen.

Basel Land, Genf, Waadt und Neuenburg 216), die Rechtsprechungs-
unkompetenz des Schiedsrichters auch die Befugnis umfassen,
die Höhe der Prozesskosten und mithin auch die Höhe des Schieds-
richterhonorars im Schiedsspruch autoritativ festzulegen.

Neben der Verschiedenheit des zur definitiven Kostenfest-
legung zuständigen staatlichen Richters indizieren die unter-
schiedlichen Kostenfestsetzungsmöglichkeiten durch den Schieds-
richter auch verschiedene Klagegründe und Klagearten.

1. Klagen bei schiedsrichterlichem Honorarentscheid im Sinne unverbindlicher Rechnungsstellung

Bei einseitiger Honorarfestsetzung durch den Schiedsrichter im
Sinne unverbindlicher Rechnungstellung ergeben sich im Streit-
fall verschiedene Klagemöglichkeiten. Wer dabei die Klage be-
treibt, und auf welchen Klagegrund er sich dabei auch stützt,
stets handelt es sich in diesen Fällen um Zivilrechtsklagen,
die unmittelbar oder mittelbar aus Kontrakt bzw. privatrecht-
lichem Quasikontrakt fliessen. Im Einzelnen sind folgende Klage-
formen denkbar:

A) Klagen auf Feststellung

Kraft eidgenössischen Rechts sind Feststellungsklagen überall
dort zulässig, wo es die Durchsetzung materieller Ansprüche
erheischt. Die in diesem Zusammenhang als Norm materiellen
Rechts anzuwendende Vorschrift des Art. 25 BZPO 217) bestimmt
dabei, dass auf Feststellung des Bestehens eines Rechts oder
Rechtsverhältnisses geklagt werden kann, sofern der Kläger

216) Vgl. § 277 alt.ZPO Basel Land; Art. 386 Abs. 3 alt.ZPO
Genf; Art. 486 Ziff. 3 alt.ZPO vom 29. November 1906
Neuenburg und Art. 513 Abs. 2 Ziff. 3 alt.ZPO vom
20. November 1911 Waadt.

217) Wobei eine direkte Anwendung von Art. 25 ZPO als mate-
rielle Norm auf Prozesse, die unter der Herrschaft der
Zürcher ZPO oder anderen kantonalen Zivilprozessrechts,
das die Feststellungsklage kennt, geführt werden, ausser
Betracht fällt.

ein rechtliches Interesse an gerichtlicher Feststellung hat. Damit wird die Zulässigkeit eidgenössischer Feststellungsklagen über jene Fälle hinaus ausgedehnt, in welchen sie durch bundesrechtliche Vorschrift ausdrücklich vorgesehen sind 217 a). Ebenfalls an das Erfordernis des rechtlichen Interesses knüpft § 59 Zürcher ZPO die Zulassung der kantonalen Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses oder der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde. Als erste Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage hat somit zu gelten, dass sie nicht etwa die Abklärung eines Sachverhalts zum Gegenstand 218) habe, sondern das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses zwischen zwei Personen bzw. die von der Rechtsordnung an einen bestimmten Tatbestand geknüpften Folgen für die Beziehungen der einen Partei zur andern. Das rechtliche Interesse als zweite geforderte Voraussetzung für die Zulässigkeit von Feststellungsklagen bedeutet zunächst, dass der Kläger - wenn später eine Leistungsklage in Frage kommt - einen Anspruch auf "sofortige" Feststellung nur hat, sofern er ein rechtliches Interesse an der Vorwegnahme der Feststellung nachzuweisen vermag. Sodann wurde der Begriff des rechtlichen Interesses gegenüber der früheren Praxis ausgedehnt. Während früher ein Feststellungsinteresse bei blosser Berührung oder Bestreitung eines Rechtes nur als gegeben erachtet wurde, wenn der Kläger dadurch zusätzlich in seiner Rechtsstellung gefährdet war, genügt nach neuer Praxis ein für den Kläger nach vernünftigem Ermessen wesentliches Interesse 219). Das bedeutet, dass sich das Interesse irgendwie auf die Rechtsverhältnisse des Klägers beziehe, was insbesondere dann als gegeben erscheint, wenn eine Ungewissheit zu beseitigen ist, die den Kläger in der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert. Uebertragen auf den Rechtsstreit zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter um das Schieds-

217 a) Vgl. Sträuli/Messmer N 1 zu § 59.

218) Vgl. Sträuli/Messmer N 4 a) zu § 59; Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 235.

219) Vgl. Sträuli/Messmer N 5 zu § 59.

richterhonorar lassen diese Grundsätze folgende Möglichkeiten von Feststellungsklagen als denkbar erscheinen:

a) Treten die Schiedsgerichtsparteien bzw. tritt eine von ihnen als Kläger auf, so fällt namentlich die Verfolgung einer sogenannten "negativen" Feststellungsklage in Betracht. Sie wird insbesondere dort aktuell, wo der Schiedsrichter den behaupteten Anspruch auf Honorar nicht einklagt. Die solchermaßen "erzwungene" gerichtliche Feststellung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses und des behaupteten Anspruchs des Schiedsrichters ersetzt somit die sogenannte "Klageprovokation". Obwohl im Wortlaut von § 59 Zürcher ZPO ausdrücklich vorgesehen, erscheint die negative Feststellungsklage daher nicht als unbedenklich, da von Bundesrechts wegen eine Klageprovokation kaum haltbar erscheint 220). Sodann ist darauf hinzuweisen, dass Schiedsgerichtsparteien, bzw. eine von ihnen, mit Verfolgung von Leistungskonditionen 221) stets eine Feststellungsklage, sei es eine negative oder positive, auf Bestehen oder Nichtbestehen des Schiedsrichterhonorars bzw. des behaupteten Anspruchs, verbunden werden. Selbständige Bedeutung kommt den Feststellungsklagen in solchen Fällen jedoch nicht zu, weil sie regelmässig nur ein Motiv für die angestrebte Leistungskondition darstellen 222).

b) Bei der Zulässigkeit einer Feststellungsklage des Schiedsrichters auf Bestand und Angemessenheit des geforderten Honorars wird vornehmlich zu prüfen sein, ob sie neben der gleichzeitig möglichen oder mit der gleichzeitig geltend gemachten Leistungsklage zulässig ist. Wird sie mit einer Leistungsklage verbunden, so kommt ihr - wie bereits oben erwähnt - als Motiv keine selbständige Bedeutung zu. Hingegen hat das Bundesgericht festgestellt, dass auch bei Möglichkeit einer Leistungsklage ein selbständiges Interesse an gerichtlicher Feststellung

220) Vgl. Walder-Bohner "Zürcher ZPO" S. 236.

221) Siehe unten C).

222) Vgl. Sträuli/Messmer N 7 zu § 59.

bestehen könne. Das sei z.B. dann der Fall, wenn nicht nur das Interesse bestehe, die fällige Leistung zu erhalten, sondern auch die Gültigkeit des ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses für dessen zukünftige Abwicklung festgestellt werden wolle, oder wenn die Parteien nur in der grundsätzlichen Frage des Bestehens einer Verpflichtung uneinig seien und die Erfüllung der Leistung auf blosser Feststellung hin gesichert sei 223). Doch sind die kantonalen Gerichte auch nach Bundesrecht nicht gehindert, die Beurteilung eines bundesrechtlich an sich zulässigen Feststellungsbegehrens im Interesse der Prozessökonomie abzulehnen, wenn der Kläger in der Lage ist, damit gleichzeitig eine Leistungsklage zu verbinden 224).

B) Die Klage auf Leistung

Die Klage auf Leistung ist - abgesehen von der Leistungskondition der Schiedsgerichtsparteien - dem Schiedsrichter vorbehalten, der bei fehlender oder nicht ausreichender Kautionszahlung auf die Bezahlung des ganzen bzw. durch die ungenügende Kautionszahlung nicht gedeckten Teils seines Honorars klagt. Bei gerichtlichen Auseinandersetzungen um das Schiedsrichterhonorar wird denn auch zumeist die Leistungsklage des Schiedsrichters im Vordergrund stehen, da es die kostenpflichtige und zahlungsunwillige Schiedsgerichtspartei aus prozesstaktischen Gründen in der Regel darauf ankommen lassen wird, auf die Bezahlung des behaupteten und durch fehlende bzw. nicht ausreichende Kautionszahlung nicht gedeckten Honorars beklagt zu werden.

C) Die Klage auf Rückerstattung

Die Klage auf Rückerstattung wegen ungerechtfertigter Bereicherung, die Leistungskondition, hat generell die Funktion, eine rechtsgrundlos vorgenommene Vermögensverschiebung rückgängig zu machen. Die Entstehung von Obligationen durch Zuwendungen,

223) Vgl. BGE 97 II 375 ff. und dortige Hinweise und Zitate.

224) Vgl. Sträuli/Messmer N 6 zu § 59.

die sich letztlich als rechtsgrundlos erweisen, erklären sich sowohl aus der Unvollkommenheit der Menschen an sich, ihrer mangelnden Kenntnis des objektiven Rechts und namentlich der Unmöglichkeit, die künftige Entwicklung innerhalb eines dauernden Rechtsverhältnisses vorausszusehen 225). Die in Art. 62 und 63 OR aufgezählten, auf das römische Recht zurückgreifenden, Unterscheidungen innerhalb von Leistungskonditionen sind ohne praktische Bedeutung und nicht abschliessend. Sie stellen alle den Fall der Leistung ohne Rechtsgrund dar 226). Eine solche Leistung ohne Rechtsgrund ist nun grundsätzlich auch dann gegeben, wenn die von der kostenpflichtigen Schiedsgerichtspartei bzw. von beiden Parteien im Sinne einer schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution vorgenommene Vermögensverschiebung zur Sicherstellung 227) künftig erwachsender Honoraranprüche des Schiedsrichters zur Deckung eines nicht gerechtfertigten oder unangemessenen Honoraranspruchs verwendet wurde. Es ist der Grundtatbestand einer Bereicherung gegeben, der dem Entreicherten aus den allgemeinen Gesetzesregeln des Obligationenrechts einen Anspruch auf Leistungskondition gibt, der sich als "condictio ob causam finitam" qualifizieren lässt 228). Ob bei der Klage auf Rückerstattung die Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR anzurufen und anzuwenden seien, hängt im wesentlichen davon ab, ob und welches privatrechtliche Rechtsinstitut bei der Behandlung der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution analog herangezogen wird. Unrichtig und für den Kläger mit Prozessverlust verbunden wird eine Klage auf Rückerstattung und Herausgabe des den sachlich gerechtfertigten angemessenen Honoraranspruchs übersteigenden Vorschusses, gestützt auf die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung, jedoch nicht sein. Denn ob eine Klage auf Rückerstattung des überschüssigen Prozesskostenvorschusses betrieben wird auf Grund

225) Vgl. Guhl/Merz/Kummer S. 202.

226) Vgl. Von Bühren "OR allgemeiner Teil", S. 296 a).

227) Siehe unten 4. Kapitel: Ueber Begriff und Inhalt der prozessgesetzlichen Kostenbevorschussung im Schiedsrecht.

228) Vgl. Guhl/Merz/Kummer S. 203/2/4.

- analoger Anwendung des Auftragsrechtes, wonach ein aus eigener Initiative oder auf Verlangen geleisteter Vorschuss als Mandatsleistung im Sinne von Art. 402 Abs. 1 Or, soweit er den Honoraranspruch übersteigt, in die Ablieferungspflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 Abs. 1 OR fällt und sich somit als Erfüllungsanspruch darstellt 228 a),
- analoger Anwendung des Hinterlegungsrechtes, wonach die Rückerstattungspflicht des Aufbewahrers gemäss Art. 475 ff. OR ebenfalls dem Erfüllungsanspruch des Hinterlegers entspricht 228 b), oder
- analoger Anwendung anderer privatrechtlicher Institute und deren "leges speciales" 228 c)

immer wäre bei fehlender analoger Anwendung eines oder mehrerer dieser privatrechtlichen Institute vom Grundtatbestand her schon eine Rückerstattung aus "condictio ob causam finitam" gemäss Art. 62 Abs. 2 OR gegeben 228 d).

2. Gerichtliche Beurteilung des schiedsrichterlichen Honoraranspruchs bei autoritativem Kostenspruch durch das Schiedsgericht

Der schiedsrichterliche Entscheid über die Kostenhöhe, dem kraft autoritativer Rechtsprechungsbefugnis des Schiedsrichters die Qualität eines vollstreckbaren Urteils zukommt, bildet nicht die Grundlage für eine irgendwie geartete "Klage" eines der Beteiligten. Es wird lediglich den Schiedsgerichtsparteien bzw. der allein kostenpflichtigen von ihnen die Möglichkeit eingeräumt, einen von einem staatlichen Richter gefällten Kostenspruch zu erwirken. Bei der autoritativen Festsetzung der Kostenhöhe reicht die Kompetenz des angerufenen "Rechtsmittelrichters" sowohl nach prozessgesetzlicher Ordnung von

228 a) Siehe unten 4. Kapitel § 15 I. 2. A)

228 b) Siehe unten 4. Kapitel § 15 I. 2. B)

228 c) Siehe unten 4. Kapitel § 15 I. 2. C)

228 d) Vgl. Oser/Schönenberger N 5 zu Art. 400.

Appenzell A.Rh. wie nach Konkordat über die Kognitionsbefugnis auf Ueberprüfung des Kostenspruches auf Angemessenheit hin hinaus und umfassen auch die Neufassung des Kostenspruches durch die staatliche richterliche Instanz 229).

II. Die Zuständigkeit des ordentlichen Richters

Der Schiedsrichter kann die Prozesskosten, die sein Honorar enthalten, nicht urteilsmässig festsetzen; ein solcher Kostenspruch würde - da er eine Leistung aus Vertrag zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter bzw. aus privatrechtlichem Quasikontrakt zwischen ihnen zum Inhalt hat - ein wesentliches Element der Garantie des verfassungsmässigen Richters, nämlich das Verbot des Entscheides in eigener Sache verletzen 230), denn: "Nemo in propria causa iudex esse potest" 231). Streitigkeiten um die definitive Festsetzung des Schiedsrichterhonorars fallen als Kontraktsklagen bzw. Klagen aus Quasikontrakt sowie als Kondiktionsklagen somit in die Entscheidungskompetenz der Zivilgerichte, unterliegen also der Beurteilung durch den ordentlichen Richter. Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des ordentlichen Richters als notwendige Voraussetzung in der Sache wird durch das Zivilprozessrecht umschrieben und festgelegt.

1. Die örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit ist die Verteilung von Prozesssachen gleicher Art unter verschiedene, räumlich nebeneinander liegende Gerichte gleicher Ordnung nach örtlichen Gesichts-

229) Siehe unten III.

230) Vgl. Guldener "ZPR" S. 588; Sträuli/Messmer/Wiget N 2 zu § 247; N 3 vor § 238; N 1 Anhang nach § 258; Leuch N 2 zu Art. 388; ZBJV 86 S. 403; Maier S. 167; Treyer S. 73; Gressly S. 127; Stein/Jonas/Schlosser VIII. 1. zu § 1042; Baumbach/Schwab S. 94.

231) Vgl. Hauser/Hauser N 8 zu § 112 GVG.

punkten 232). Für den Kanton Zürich bestimmen §§ 1 und 2 ZPO dass - unter Vorbehalt abweichenden Bundesrechts - der Beklagte beim Gericht seines Wohnsitzes zu belangen sei, sofern nicht vom Gesetz ein anderer, den ordentlichen Gerichtsstand ausschliessender Gerichtsstand vorgeschrieben ist oder die Parteien gemäss § 11 Zürcher ZPO einen anderen Gerichtsstand vereinbart haben. Damit gilt der in Art. 59 BV für die räumliche Abgrenzung der Zivilgerichtshoheit der Kantone aufgestellte Grundsatz der Zuständigkeit des Richters am Wohnsitz des zahlungsfähigen Schuldners auch für die Abgrenzung der örtlichen Zuständigkeit der Zürcher Zivilgerichte 233). Nicht übernommen hat der Zürcher Gesetzgeber hingegen die in Art. 59 BV enthaltene weitere Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners und des Streites wegen einer persönlichen Ansprache. Somit wurde in Zürich der bundesrechtliche Grundsatz dahin ausgedehnt, dass am Wohnsitz des Beklagten alle, also nicht nur Klagen aus persönlichen und vermögensrechtlichen Ansprüchen, anhängig zu machen sind, wenn ein besonderer Gerichtsstand nicht vorgeschrieben ist.

Für die Kontrakts- und Kondiktionsklage um das Schiedsrichterhonorar besteht nach Zürcher ZPO somit der Grundsatz, dass sie am Wohnsitz der beklagten Partei zu erheben sind 234). Handelt es sich um selbständig zugelassene Feststellungsklagen, so gilt für die positive Feststellungsklage die Zuständigkeit des Gerichtes, das für die entsprechende Leistungsklage zuständig wäre, für die negative Feststellungsklage das Gericht der positiven Klage 235). Der Prorogation eines Gerichtsstandes für die Beurteilung von Streitigkeiten um das Schiedsrichterhonorar steht unter Wahrung der Voraussetzungen von § 11 Zürcher ZPO nichts im Wege.

232) Vgl. Hauser/Hauser Zürich 1978 III. S. 7.

233) Vgl. Sträuli/Messmer N 1 zu § 2.

234) Vgl. Sträuli/Messmer zit. Anm. 233; Sträuli/Hauser N 4 zu § 1.

235) Vgl. Sträuli/Messmer N 12 zu § 59.

2. Die sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit beurteilt sich - sofern, wie in § 17 Zürcher ZPO vorbehalten, die Zivilprozessordnung nichts anderes bestimmt - im Kanton Zürich nach den Vorschriften des ersten Abschnittes des Gerichtsverfassungsgesetzes. Als Kriterium für die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung vermögensrechtlicher Streitigkeiten gilt der Streitwert 236). Danach ist im Kanton Zürich sachlich zuständig:

- Der Friedensrichter endgültig für Streitigkeiten bis Fr. 200.--, § 6 GVG;
- der Einzelrichter endgültig für Streitigkeiten zwischen Fr. 200.-- und 3000.--, § 21 GVG;
- das Bezirksgericht endgültig für Streitigkeiten zwischen Fr. 3000.-- und 5000.--, § 31 Abs. 1 Ziff. 1 GVG, sowie als erste Instanz für Streitigkeiten über Fr. 5000.-- sowie für jene Streitigkeiten, deren Streitwert nach der Natur der Sache keiner Schätzung unterliegt, § 31 Abs. 1 Ziff. 2 GVG.

Daneben besteht die Möglichkeit, dass gemäss Art. 41 lit. b) OG als erste und einzige Instanz das Bundesgericht sachlich zuständig wird, sollte zwischen dem Bund als Schiedsgerichtspartei und einem Schiedsrichter ein Honorarstreit ausbrechen, dessen Streitwert mindestens Fr. 8000.-- beträgt.

Diese sachliche Zuständigkeitsordnung ist grundsätzlich zwingender Natur 237). Eine Prorogation für die sachliche Zuständigkeit ist mit Bezug auf Honorarstreitigkeiten zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter demnach nur in folgenden, vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen möglich:

236) Vgl. dazu § 18 Zürcher ZPO; zur Bestimmung des Streitwertes von Feststellungsklagen vgl. Sträuli/Messmer N 13 zu § 59, wonach als Streitwert derjenige einer entsprechenden Leistungsklage gilt. Bei Feststellungsklage als Motiv für die Leistungsklage fällt erstere bei der Bestimmung des Streitwertes ausser Betracht.

237) Vgl. Sträuli/Messmer N 5 zu § 17.

- Wahl des Zürcher Obergerichts als Gerichtsstand erster Instanz für Honorarstreitigkeiten, die der Berufung an das Bundesgericht unterliegen, § 43 Abs. 3 GVG;
- Wahl des Bundesgerichts als einzige Instanz, wenn ein Streitwert mindestens Fr. 20'000.-- beträgt, Art. 41 lit. c) OG, sowie die
- Abrede der Parteien, ihren Streit um das Schiedsrichterhonorar wiederum vor ein Schiedsgericht zu tragen, § 238 Zürcher ZPO.

Von Interesse mag sein, ob das Zürcher Handelsgericht in irgendeiner Weise für Streitigkeiten um das Schiedsrichterhonorar zuständig erscheint: Geht man davon aus, dass als Schiedsrichter in der Regel Privatpersonen als natürliche Personen, nicht aber Firmen mit oder ohne iuristische Persönlichkeit, die als Handel Treibende oder ein kaufmännisches Gewerbe Führende im Handelsregister eingetragen sind, amten, so beschränkt sich die Möglichkeit sachlicher Zuständigkeit des Zürcher Handelsgerichtes auf die Anwendungsfälle von § 63 Ziff. 1 GVG. Als persönliches Requisit wird dafür die Eintragung der beklagten Partei im Handelsregister zur Voraussetzung gemacht. Als sachliche Voraussetzungen gelten, dass sich der Streit auf das von der beklagten Partei betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt beziehen muss, und dass ein Streitwert erreicht sein muss, der für die Berufung ans Bundesgericht ausreicht (238). Bei der Frage nach dem Bestand dieser kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes wird in aller Regel im Vordergrund stehen, ob der Streit um das Schiedsrichterhonorar die vom Gesetz geforderte Beziehung zum Gewerbe der beklagten Partei oder zu Handelsverhältnissen überhaupt aufweise. Da sich der Prozess um das Schiedsrichterhonorar kaum als Auseinandersetzung werten lässt, die sich auf ein Handelsverhältnis überhaupt bezieht, nimmt die Ueberlegung den Vorrang

238) Vgl. Hauser/Hauser N 2 zu § 78.

ein, wann die gesetzlich geforderte Beziehung zu dem von der beklagten Partei betriebenen Gewerbe in rechtsgenügendem Sinne vorliegt.

Gegenüber einer älteren Ansicht fasst die neuere Praxis den Begriff des Zusammenhangs mit dem von der beklagten Partei betriebenen Gewerbe sehr weit. Danach muss nicht etwa eine Beziehung zu dem im Handelsregister genannten Gewerbe der beklagten Partei, sondern einfach eine Beziehung zu ihrer gewerbmässigen Tätigkeit bestehen. Da gemäss § 62 Abs. 2 GVG aber jedes von einer im Handelsregister eingetragenen Firma betriebene Rechtsgeschäft im Zweifel als Handelsgeschäft gilt, genügt jeder auch noch so "loser Zusammenhang" zum Gewerbe der beklagten Partei, um die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes als gegeben zu betrachten 239). Somit wird heute der Begriff des Zusammenhangs mit dem von der beklagten Partei betriebenen Gewerbe derart weit gefasst, dass - wie Levi sich ausdrückt - ein Anwalt nicht fehlgehen kann, wenn er im Zweifel beim Handelsgericht klagt 240). Solche Ueberlegungen liegen denn auch dem Entscheid von ZR 26 Nr. 184 S. 365 zugrunde, in welchem festgestellt wird, dass das Zürcher Handelsgericht für die Klage eines Schiedsrichters gegen die kostenpflichtige, im Handelsregister eingetragene beklagte Partei zuständig sei: Denn das Erfordernis des nur "losen Zusammenhangs" mit dem von der beklagten Partei betriebenen Gewerbe sei gegeben, da der Schiedsgerichtsvertrag, auf den sich die Forderungen des Rekursgegners stützten, von der Rekurrentin in ihrem Betrieb abgeschlossen worden sei. Die aus dem Prozess erwachsenen Kosten seien zudem von ihr als Betriebsspesen dem Gewerbebetrieb belastet worden (ZR 26 Nr. 184 S. 367). Gestützt auf diesen Entscheid kann im Zusammenhang mit Klagen auf Bezahlung des Schiedsrichterhonorars allgemein festgestellt werden, dass das Zürcher Handelsgericht dafür als sachlich zuständig erscheint, wenn der von der neueren Praxis als genügend betrachtete

239) Vgl. Hauser/Hauser N 4 a) zu § 78.

240) Vgl. Levi S. 135 ff., S. 137.

"lose Zusammenhang" zwischen Honorarstreit und Gewerbe und der beklagten Partei nachgewiesen ist. Ob in Anlehnung an ZR 26 Nr. 184 S. 365 ff. eine solche Praxis mit der "vernünftigen" Handhabung des Begriffes, eines, wenn auch nur "losen Zusammenhanges" zwischen schiedsgerichtlichem Honorarstreit und Gewerbe der beklagten Partei, immer vereinbar ist, bleibe dahingestellt 241).

III. Die Beschwerde gegen den autoritativen Schiedsspruch über die Kostenhöhe

1. Die Schiedsgebühr als öffentlichrechtliche Gerichtsgebühr und ihre Anfechtung mittels Kostenbeschwerde als Justiz- verwaltungsbeschwerde

A) Die Schiedsgebühr als öffentlichrechtliche Gerichtsgebühr

Gerichtsgebühren sind Kausalabgaben, Sonderleistungsentgelte also, die für veranlasste Amtshandlungen von Gerichten erhoben werden. Für die Erhebung solcher Gerichtsgebühren ist, wie für die Erhebung anderer öffentlicher Abgaben, mit Ausnahme von Kanzleigebüren immer Gesetzmässigkeit erforderlich. Dieses Prinzip hat zunächst Gültigkeit für Gerichtsgebühren, die von staatlichen Gerichten erhoben werden, muss aber ohne Einschränkung dort Platz greifen, wo der Gesetzgeber sich dazu entschliesst, Schiedsgerichte, also Privatgerichte, mit der Kompetenz auszustatten, die Schiedsgerichtskosten in Form einer autoritativen vollstreckbaren Schiedsgebühr wie einer öffentlichrechtlichen Gerichtsgebühr festzulegen und zu erheben. Gesetzmässig sind Gerichtsgebühren nun in aller Regel dann, wenn das staatliche

241) Nicht in Frage kommen kann hingegen die "sachliche" Prorogation an das Handelsgericht Zürich. Gemäss § 64 Ziff. 1 GVG gilt als Erfordernis für diese Prorogation, dass es sich um eine Auseinandersetzung betreffend eine Handelssache handeln muss. Als solche kann der Prozess um das Schiedsrichterhonorar aber nun kaum bezeichnet werden.

Gericht oder das Schiedsgericht zu ihrer Erhebung durch eine Gesetzesnorm ermächtigt worden ist, deren Zustandekommen den verfassungsmässigen Erfordernissen entspricht. Dabei sind Delegation und Subdelegation nur erlaubt, wenn Abgabepflicht und Abgabeausmass durch eine Delegationsnorm festgeschrieben sind 242). Die eigentliche Ermächtigungsnorm ihrerseits wird dem Gesetzmässigkeitsprinzip nur gerecht, sofern die Voraussetzungen und Schranken von Abgaben sich schon aus ihrer Rechtsnatur ergeben oder der Tarif nicht generell abstrakt qualifizierbar ist 243).

Die Frage nach der Gesetzmässigkeit der Ausgestaltung einer Schiedsgebühr als eigentlicher Gerichtsgebühr stellt sich unter verschiedenen Gesichtspunkten. Zunächst sei darauf hingewiesen, dass dem Schiedsrichter dadurch die Befugnis gegeben wird, einen materiell zivilrechtlichen Anspruch, nämlich seinen Honoraranspruch gegenüber den Schiedsgerichtsparteien, autoritativ festzulegen, worin eine Verletzung der Garantie des verfassungsmässigen Richters wegen Entscheides in eigener Sache erblickt werden könnte. Stellt man dem Grundsatz der Garantie des verfassungsmässigen Richters gemäss Art. 58 BV jedoch die Kompetenz der Kantone zur Organisation der gerichtlichen Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ansprüche gemäss Art. 64 Abs. 3 BV gegenüber, so kann der vermeintliche Widerspruch gelöst werden. Denn es kann argumentiert werden, dass der kantonale Gesetzgeber durch die Ausgestaltung der Schiedsgebühr als eigentlicher Gerichtsgebühr die Durchsetzbarkeit des schiedsrichterlichen Honoraranspruchs, wenn auch auf eher "ungewöhnliche" Weise, doch aber kompetenterweise regelt. So gesehen erscheint die Ermächtigungsnorm eines kantonalen Gesetzgebers zur Erhebung von Schiedsgebühren als eigentlichen Gerichtsgebühren als gesetzmässig, weil verfassungsmässig mögliche Ausgestaltung und Organisation der gerichtlichen Durchsetzung eines zivilrechtlichen Anspruchs. Hingegen fragt sich, ob die Schiedsge-

242) Vgl. Imboden-Rhinow Nr. 110 - 113.

243) Vgl. Imboden-Rhinow Nr. 113.

bühr als eigentliche Gerichtsgebühr zur Erlangung der Gesetzmässigkeit der öffentlichrechtlichen Tarifierung bedarf oder - sollte sie nicht generell abstrakt qualifizierbar sein - sich die Voraussetzungen und Schranken der Schiedsgebühr schon aus ihrer Rechtsnatur ergeben. Bei der Bejahung des letztgenannten Erfordernisses wäre mindestens grosse Zurückhaltung geboten. Da sich andererseits die Schiedsgebühr in einem generell abstrakten Tarif durchaus qualifizieren lässt, erscheint es angezeigt, die Ausgestaltung von Schiedsgebühren als eigentlichen Gerichtsgebühren mit gesetzlicher Tarifierung zu begleiten und somit jeden Zweifel an ihrer Gesetzmässigkeit zu beseitigen.

B) Die Anfechtung von Gerichtsgebühren mittels Kostenbeschwerde als Justizverwaltungsbeschwerde

Gemäss § 206 GVG kann in Verbindung mit §§ 108 ff. GVG gegen Kostenansätze von Gerichten Beschwerde geführt werden. Sowohl der Wortlaut von § 206 GVG wie derjenige der entsprechenden Vorschrift von § 238 alt.GVG lassen erkennen, dass die Festsetzung einer Gerichtsgebühr als Justizverwaltungsakt aufzufassen ist. Demnach ist auch ihre Anfechtung auf dem Wege der Justizverwaltung, konkret mittels einer speziellen Kostenbeschwerde als Justizverwaltungsbeschwerde zu verfolgen. Die Kostenbeschwerde gemäss § 206 GVG stellt denn auch einen Sonderfall der aus dem Aufsichtsrecht gemäss § 108 ff. GVG abgeleiteten Beschwerde dar (244). Die Kostenbeschwerde gemäss § 206 GVG richtet sich gegen die Höhe einer Gerichtsgebühr oder der Kosten, die einer oder beiden Parteien auferlegt wurden. Sie ist kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne, da sie sich nur gegen die Höhe der angefochtenen Gebühr oder Kostenansätze richtet, nicht aber auf das Verhältnis einwirkt,

244) Vgl. Hauser/Hauser N 1 zu § 238, N 1 III. Ziff. 1 zu § 132; Bauhofer SJZ 42, S. 297 ff., S. 301 Anm. 23.

in welchem Gebühren oder Kosten auf die Parteien verteilt sind. Sie lässt somit das Verhältnis der Parteien, in welchem diese für Gebühren und Kosten haften, unberührt, sondern bezieht sich ausschliesslich auf das Verhältnis zwischen Partei und Gericht 245).

Diese Feststellungen bezüglich Anfechtung von Gerichtsgebühren mittels Kostenbeschwerde als Justizverwaltungsbeschwerde im Kanton Zürich sind nur für Kostenansätze ordentlicher Gerichte gültig. Gegen die Kostenfestsetzung eines Schiedsgerichts ist jedoch die Beschwerde im Sinne von § 206 GVG unzulässig 246). Diese Konsequenz muss zwangsläufig aus dem Umstand fliessen, dass nach Zürcher Schiedsrecht dem Schiedsrichter keine Befugnis zukommt, die Höhe der schiedsgerichtlichen Prozesskosten in einem gerichtlichen Entscheid festzusetzen. So wird in ZR 31 Nr. 86 S. 172 die Unzulässigkeit der Kostenbeschwerde als Justizverwaltungsbeschwerde gegen Schiedsgebühren denn auch wie folgt begründet: Nach ihrem unzweideutigen Wortlaut beziehe sich die Beschwerde gemäss § 238 alt.GVG lediglich auf Entscheide, gegen die ein ordentliches kantonales Rechtsmittel gegeben sei. Kostenansätze von Schiedsgerichten aber seien überhaupt keine gerichtlichen Entscheidungen. Vielmehr handle es sich dabei bloss um die Aufstellung einer Forderung, deren Begründetheit im Streitfall erst noch festzustellen sei und zwar durch den ordentlichen Richter.

2. Die Schiedsgebühr als eigentliche Gerichtsgebühr nach Konkordat und ZPO von Appenzell A.Rh.

A) Der Grundsatz

Entgegen der Auffassung des Zürcher Schiedsrechtes und den Regelungen in den Zivilprozessgesetzen der übrigen Nichtkonkordatskantone sieht das Konkordat in Art. 33 Abs. 1 lit. g)

245) Vgl. Hauser/Hauser N 1 III. Ziff. 3 zu § 132.

246) Vgl. Hauser/Hauser N 1 III. Ziff. 1 zu § 132;
N 2 VII. zu § 238; ZR 31 Nr. 86 S. 172.

im Sinne einer fakultativen Vorschrift vor, dass der Schiedsspruch die Spruchformel über die Höhe und Verlegung der Verfahrenskosten und Parteientschädigungen enthalte. Von der gleichen Kompetenz des Schiedsrichters geht stillschweigend offenbar auch die Zivilprozessordnung von Appenzell A.Rh. aus, wenn sie den Schiedsgerichtsparteien in Art. 271 Abs. 2 die Möglichkeit einräumt, wegen unangemessen hoher Kosten eine Beschwerde an die Justizaufsichtskommission zu ergreifen, womit die Spruchformel über die Höhe der schiedsgerichtlichen Prozesskosten als gültig dekretiert und mit einem "Rechtsmittel" anfechtbarer Rechtstitel aufzufassen ist. Beide Ordnungen räumen damit dem Schiedsgericht die Befugnis ein, über den ihm aus seinem Verhältnis zu den Schiedsgerichtsparteien erwachsenden Anspruch auf Honorar zu entscheiden. Sie dehnen damit seine öffentlichrechtliche Funktion, nämlich seine Rechtsprechungskompetenz, über den Streit der Schiedsgerichtsparteien zu entscheiden und zwischen ihnen Recht zu setzen, aus und verleihen dem Schiedsrichter die Funktion eines Rechtspflegeorgans auch mit Bezug auf die Frage der Kostenhöhe. Damit autorisieren sie ihn, durch das Kostendekret auch Recht zwischen sich und den Schiedsgerichtsparteien zu setzen, das Verhältnis zwischen Parteien und Richter zu gestalten. Dadurch ist ein obligatorischer Aspekt des *receptum arbitri*, nämlich die Frage der Honorierung des Schiedsrichters, aus der Ebene, auf welcher sich Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter gleichberechtigt gegenüberstehen, herausgelöst und der einseitigen Entscheidung durch den Schiedsrichter zugänglich gemacht. Die Schiedsgebühr im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. g) Konk. und Art. 271 Abs. 3 ZPO von Appenzell A.Rh. muss daher, will nicht die Verletzung des Prinzips der Garantie des verfassungsmässigen Richters durch die Ermächtigung des Entscheides in eigener Sache in Kauf genommen werden, als eigentliche Gerichtsgebühr im Sinne der Erwägungen von oben 1. A) aufgefasst werden 247).

247) Vgl. Schuppisser S. 85: "... c'est au tribunal arbitral qu'il incombe de régler ces frais, en vertu du principe, que les frais résultant des opérations que relèvent de l'autorité d'un magistrat sont réglés par ce magistrat".

Dass im Hinblick auf die Ausgestaltung der Kostenansätze und mithin auf die Bemessung des Honorars der Schiedsrichter jedoch wiederum auf sein, als durch eigentlichen Schiedsrichtervertrag ausgefülltes oder, seiner schiedsrichterlichen Funktion entsprechend, als privatrechtlich qualifiziertes Rechtsverhältnis zu den Schiedsgerichtsparteien verwiesen ist, indem jede Form einer Tarifierung in beiden Kodifikationen fehlt, muss allerdings befremden.

In diesem Punkte hat denn auch die Kritik an der Regelung der Festsetzung von Schiedsgebühren in Konkordat und ZPO von Appenzell A.Rh. zu beginnen. Denn es mutet als wenig glücklich an und ruft hinsichtlich der Gesetzmässigkeit von Schiedsgebühren als eigentlichen Gerichtsgebühren etwelchen Bedenken, wenn die Kompetenz des Schiedsrichters, die Höhe seines Honorars in Form einer eigentlichen Gerichtsgebühr und mithin als definitiven und vollstreckbaren Rechtstitel festzusetzen, nicht von einem gesetzlichen Tarif begleitet ist.

B) Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Schiedsgebühr im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. g) Konk.

Gestützt auf Art. 36 lit. i) Konk. kann gerügt werden, die vom Schiedsgericht festgesetzten Entschädigungen seien offensichtlich übersetzt. Dabei sieht Art. 40 Abs. 3 Konk. vor, dass im Falle der Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 36 i) die zuständige richterliche Behörde den Kostenspruch nicht nur aufhebe, sondern die Entschädigung des Schiedsgerichts auch neu festsetzt. Damit wird die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Kostenspruch gemäss Konkordat über den Charakter eines kassatorischen Rechtsmittels hinaus auch zu einem Rechtsmittel mit reformatorischer Wirkung umgestaltet. Diese Form der Nichtigkeitsbeschwerde des Konkordats nähert sich somit einem Rechtsbehelf, mit dem über das Nichtigkeitsverfahren hinaus ein, dem Moderationsverfahren ähnlicher Rechtsmittelprozess einge-

leitet werden kann 248). Damit hat das Konkordat zweifellos dem Rechtsschutzinteresse der Schiedsgerichtsparteien Rechnung getragen, das Schiedsrichterhonorar letztlich von einer staatlichen richterlichen Instanz festgesetzt zu sehen. Somit handelt der Schiedsrichter, der sein Honorar autoritativ in der Spruchformel festsetzt, quasi nur als erste Instanz. Dieser Umstand mag zunächst die Bedenken gegen die schiedsrichterliche Kompetenz zur Festsetzung seines eigenen Honorars dämpfen. Jedoch kann die Auffassung von Lanz nicht geteilt werden, diese Bedenken gegen die Einräumung der Kompetenz zur autoritativen Festsetzung des Schiedsrichterhonorars durch den Schiedsrichter selbst, welche auch die Autoren des Konkordats geplagt haben, durch die Einführung des Nichtigkeitsgrundes von Art. 36 lit. 1) Konk. völlig zerstreut zu sehen 248 a).

So muss sich die Regelung im Konkordat denn auch folgende Kritik gefallen lassen: Zunächst mutet die Mischform von Nichtigkeitsbeschwerde und Moderation, wie sie im Konkordat zum Ausdruck kommt, als wenig glücklich gewählter, zwitterhafter Rechtsbehelf an, der sodann den berechtigten Schutzinteressen der Schiedsgerichtsparteien auch nicht voll zu genügen vermag. So muss es als Nachteil für die Schiedsgerichtsparteien gewertet werden, dass die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Kostenspruch gemäss Art. 36 i) Konk. - wie übrigens auch die Beschwerde gemäss Art. 271 Abs. 3 ZPO von Appenzell A.Rh. - eine gerichtliche Auseinandersetzung um die Höhe des Schiedsrichterhonorars mit vollem Instanzenzug nicht offenhält. Da die Kostenregelung gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. g) Konk. indessen fakultativ ausgestaltet und nicht zwingender Natur ist, recht-

248) Vgl. dazu die Moderationen oder moderationsähnlichen Verfahren gemäss § 277 alt.ZPO Basel Land und Art. 386 Abs. 3 alt.ZPO Genf. Zum Vergleich dazu das Wesen der Moderation im Zürcher Anwaltsrecht gemäss § 34 des Gesetzes über den Rechtsanwaltsberuf, Anwaltsgesetz vom 3. Juli 1938/13.

248 a) Vgl. Lanz S. 38 Anm. 11: Die Einführung dieses Beschwerdegrundes (Art. 36 lit. i) Konk.) habe die Bedenken zerstreut, die anfänglich dagegen bestanden hätten, dass das Schiedsgericht seine Entschädigung selbst festsetze. Vgl. die zitierten Dokumente.

fertigt es sich, den genannten Bedenken hinsichtlich des vollen Rechtsschutzes durch vollen Instanzenzug nicht allzu breiten Raum einzuräumen. Immerhin lassen sich im Hinblick auf das Schutzinteresse der Schiedsgerichtsparteien jene Vorbehalte gegen die Regelung des Konkordats nicht unterdrücken, die gegen eine zwar reformatorisch ausgestaltete Nichtigkeitsbeschwerde aufkommen müssen, die es zweifelhaft erscheinen lässt, ob der staatliche Richter entsprechend dem Moderationscharakter des Rechtsbehelfs eine über die Ueberprüfung auf blosser Willkür hinausreichende Kognitionsbefugnis besitzt.

Auf der anderen Seite muss eingeräumt werden, dass die Regelung der Kostenfestsetzung gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. g) und die dagegen gegebene Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 36 lit. i) Konk. - wie übrigens auch die Kostenfestsetzung und die dagegen gegebene Beschwerde gemäss Art. 271 ZPO von Appenzell A.Rh. - gegenüber den Regelungen im Zürcher Schiedsrecht und im Zivilprozessrecht der übrigen Nichtkonkordatskantone den nicht zu unterschätzenden Vorteil erhöhter Rechtssicherheit mit sich bringt, wenn mit der Beschwerdeinstanz am Sitze des Schiedsgerichtes jenes staatliche Gericht, jene staatliche Behörde, feststeht, durch die Honorarstreitigkeiten zu entscheiden sind. Demgegenüber laufen Beteiligte eines Schiedsgerichtes mit Sitz in Zürich oder in einem der übrigen Nichtkonkordatskantone das bisweilen erhebliche Risiko, ihren Honorarstreit vor ein ausländisches Gericht tragen zu müssen, bzw. deswegen vor einem ausländischen Gericht beklagt zu werden. Dass mit einem Prozess um das Schiedsrichterhonorar vor einem ausländischen Gericht regelmässig auch die Rechtsunsicherheit verbunden sein wird, nach welcher Schiedsrechtsauffassung der ausländische Richter welches Recht auf die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter für anwendbar hält, liegt auf der Hand. Gegenüber diesem Nachteil bieten die schiedsgerichtlichen Bestimmungen Zürichs und der übrigen Nichtkonkordatskantone jedoch den Vorteil, dass der Rechtsschutz der Schiedsgerichtsparteien in einem höheren Masse als gewährleistet erscheint, wenn es darum

geht, sich gegen willkürlich hohe unangemessene Kostenfestsetzung mittels eines ordentlichen Zivilprozessverfahrens mit vollem Instanzenzug zur Wehr setzen zu können. So ist denn namentlich bei Schiedsgerichten mit nationalen Beziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichtern der Lösung von Zürich und den übrigen Nichtkonkordatskantonen der Vorzug einzuräumen. Bei Schiedsgerichten mit internationaler Beziehung zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter ist hingegen der Vorteil der Regelung im Konkordat und in der ZPO von Appenzell A.Rh. anzuerkennen, obwohl hinsichtlich dieser gesetzlichen Ausgestaltung der Kostenfestsetzung rechtsdogmatisch und rechtstheoretisch einige Fragezeichen zu setzen, gewisse Unebenheiten nicht zu übersehen sind. Bei Schiedsgerichten mit internationalen Beziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter ist daher bei Herrschaft des Sitzesrechtes von Zürich oder einem der übrigen Nichtkonkordatskantone zu empfehlen, sich den Vorteil der Lösung des Konkordats oder der ZPO von Appenzell A.Rh. durch entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung ebenfalls zu sichern.

Unter einem völlig anderen Aspekt bietet die Lösung gemäss zürcherischem Recht und Zivilprozessrecht der übrigen Nichtkonkordatskantone gegenüber dem Konkordat folgenden gewichtigen Vorteil: Während zur Anfechtung des Kostenspruches gemäss Konkordat den Schiedsgerichtsparteien lediglich eine kurze Rechtsmittelfrist zu Gebote steht, ist den Schiedsgerichtsparteien, welche eine Klage auf Rückerstattung des ganzen oder eines Teils der Kaution wegen sachlich nicht gerechtfertigter, unangemessener Honorarsbemessung oder wegen Fehlens des Honoraranspruches anstrengen, nach Regelung im Kanton Zürich und in den übrigen Nichtkonkordatskantonen die einjährige Frist für die Erhebung einer Bereicherungsklage gegeben, bei analoger Anwendung des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes auf die prozessrechtliche Schiedsgerichtskaution gar die zehnjährige Frist zur Erhebung einer Klage aus Vertrag.

C) Die Justizaufsichtsbeschwerde gegen die schiedsgerichtliche Kostenfestsetzung gemäss Art. 271 Abs. 3 ZPO von Appenzell A.Rh.

Art. 271 Abs. 3 ZPO von Appenzell A.Rh. räumt den Schiedsgerichtsparteien gegen Kostendekrete von Schiedsgerichten ein Beschwerderecht an die Justizaufsichtskommission ein. Damit hat der Kanton Appenzell A.Rh. die aus der Ausgestaltung der Schiedsgebühr als eigentlicher Gerichtsgebühr logisch richtige Konsequenz gezogen und eine Beschwerdemöglichkeit geschaffen, die - der zürcherischen Justizverwaltungsbeschwerde gegen Gerichtsgebühren und Kostenansätze gemäss § 206 GVG vergleichbar - als Justizaufsichtsbeschwerde gegen die schiedsgerichtliche Kostenfestsetzung als eigentlicher Gerichtsgebühr und mithin gegen einen Verwaltungsakt des Schiedsgerichts zunächst eindeutig justizverwaltungsrechtlichen Charakter trägt. Wie einer Auskunft der Gerichtskanzlei des Kantonsgerichts von Appenzell A.Rh. jedoch zu entnehmen ist 248 b), decken Charakter und Wirkung der Justizaufsichtsbeschwerde gemäss Art. 271 Abs. 3 ZPO einen umfassenderen Bereich ab als eine blossе Justizverwaltungsbeschwerde, wie sie etwa oben unter 1. B) dargestellt wurde: Die Justizaufsichtskommission sei ein dreiköpfiger Ausschuss des Obergerichts, der sich vor allem mit sogenannten Justizaufsichtsbeschwerden gegen alle kantonalen Gerichte in Zivil- und Strafsachen, auch des Obergerichts, befasse. Diese Justizaufsichtsbeschwerden seien eine Mischung zwischen Rechtsverweigerungsbeschwerden und Nichtigkeitsbeschwerden. In diesem Sinne sei die Justizaufsichtskommission eine Art Kassationsgerichtersatz. Dies erhellte sofort, dass ihre Entscheide innerhalb des Kantons als letztinstanzliche richterliche Entscheide zu betrachten seien. Das gelte auch für Entscheide nach Art. 271 Abs. 3 ZPO, die letztinstanzlich und innerhalb des Kantons endgültig seien. Diesen Ueberlegungen kann beigefügt werden, dass auch die Beschwerde gemäss Art. 271 Abs. 3 ZPO, wonach unangemessen hohe Schiedsgebühren durch die Justizaufsichtskommission

248 b) Schreiben der Gerichtskanzlei des Kantonsgerichtes von Appenzell A.R. vom 26. November 1979.

aufgehoben und die Kosten neu festgesetzt werden, nicht des Moderationsgedanken entbehrt. Sie trägt somit zugleich den Charakter einer Beschwerde der Justizverwaltung einerseits, wie als Nichtigkeitsbeschwerde und Rechtsbehelf zur Einleitung eines Moderationsverfahrens denjenigen eines eigentlichen prozessualen Rechtsmittels andererseits in sich vereinigt. Mit Bezug auf Vor- und Nachteile dieser Regelung darf das oben unter B) zur Lösung des Konkordats Gesagte gelten.

Indessen ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmung von Art. 271 Abs. 3 ZPO von Appenzell A.Rh., wie auch die Gerichtskanzlei des Kantonsgerichts von Appenzell A.Rh. in einer Vorbemerkung zu ihrer Auskunft festhält, eher theoretischen Charakter hat, da es im Kanton Appenzell A.Rh. in der Praxis keine Schiedsgerichte gebe.

3. Der Weiterzug der Beschwerdeentscheide an das Bundesgericht

Soweit die Justizaufsichtsbeschwerde gemäss Art. 271 Abs. 3 ZPO von Appenzell A.Rh. als Beschwerde rein justizverwaltungsrechtlichen Charakters zur Frage stünde, wäre eine zivilrechtliche Berufung gemäss Art. 43 OG oder eine zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 OG an das Bundesgericht nicht möglich, denn der Kostenentscheid ergeht auf Grund kantonalen Prozessrechtes, was eine Ueberprüfung durch das Bundesgericht ausschliesst 248 c). Als Kassations- und Moderationsentscheid sind Beschwerdeentscheide gemäss Art. 36 lit. i) und Art. 40 Abs. 3 Konk. sowie gemäss Art. 271 Abs. 3 ZPO von Appenzell A.Rh. jedoch der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht zugänglich.

Von Interesse wäre in diesem Zusammenhang jedoch die Untersuchung der Frage, was geschähe, würde eine Partei gestützt auf Art. 43 OG und unter Berufung darauf, mit dem Beschwerdeentscheid sei über einen materiellen zivilrechtlichen Anspruch, nämlich über den Anspruch auf Schiedsrichterhonorare, entschieden worden,

248 c) Vgl. Hauser/Hauser N 7 zu § 238.

die zivilrechtliche Berufung an das Bundesgericht ergriffe. Eine nähere Erläuterung dieses Problems muss unterbleiben und würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit auch sprengen. Immerhin sei damit erneut aufgezeigt, dass die Kostenfestsetzungsregelungen in Konkordat und ZPO von Appenzell A.Rh. zu logischen und rechtstheoretischen Schwierigkeiten und Widersprüchen führen, welche einer gradlinigen, dogmatisch einwandfreien Auflösung kaum zugeführt werden können.

IV. Die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte zur Behandlung von Honorarklagen im Lichte des Entwurfes eines Bundesgesetzes über internationales Privatrecht

Von einigem Interesse muss sein, dass der Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht 248 d) die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte über das in Art. 59 BV und § 2 Zürcher ZPO verankerte Prinzip der Klage am Wohnsitz des Beklagten hinaus ausdehnt. In seinem Art. 112 sieht der Entwurf des IPR-Gesetzes vor, dass ein Beklagter, der weder seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt noch eine Zweigniederlassung, eine Agentur oder eine sonstige Niederlassung in der Schweiz habe, dennoch vor dem schweizerischen Gericht des Erfüllungsortes beklagt werden könne, wenn die streitige Leistung in der Schweiz zu erbringen war. Wichtig und entscheidend könnte somit die Geltung einer solchen bundesrechtlichen Zuständigkeitsnorm für das obligatorische Verhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter mit internationalem Bezug insbesondere dann werden, wenn bei der Streitfrage, ob und in welcher Höhe dem Schiedsrichter für seine amtliche Tätigkeit ein Honorar zustehe, davon ausgegangen wird, dass - wie unten näher dargelegt 248 e) - die schiedsrichterliche Arbeitsleistung am Sitze als Mittelpunkt seiner hoheitlichen

248 d) Vgl. Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht "IPR-Gesetz", abgedruckt in: RabelsZ für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen 1978, S. 716 ff.

248 e) Siehe unten § 14 I. 1.

Rechtsakte erbracht werde und die Honorarzahlung als Korrelat zur Leistung des Schiedsrichters durch die Schiedsgerichtsparteien ebenfalls am Sitze des Schiedsgerichtes zu erbringen sei. Bei Schiedsgerichten mit Sitz im Kanton Zürich oder einem der übrigen Nichtkonkordatskantone, mit Ausnahme des Kantons Appenzell A.Rh., könnte neben dem höheren Rechtsschutz der Schiedsgerichtsparteien in Honorarauseinandersetzungen nach Inkrafttreten des IPR-Gesetzes daher auch der Vorteil höherer Rechtssicherheit hinzutreten, indem die Honorarklage am Sitze des Schiedsgerichts angehoben werden könnte.

§ 14 Die Kriterien zur Bemessung des Schiedsrichterhonorars

I. Das massgebliche Recht zur Ermittlung des Schiedsrichterhonorars "de quantitate"

Der Schiedsrichtervertrag als Inbegriff der obligatorischen Aspekte des *receptum arbitri* unterliegt bei Begründung, Qualifizierung und Abwicklung der rechtlichen Beurteilung der am Sitze geltenden Rechtsordnung 249). Sowohl die Frage nach dem Rechtsanspruch auf Schiedsrichterhonorar "de principio" 250) wie nach den gültigen Kriterien für die Ermittlung des Schiedsrichterhonorars "de quantitate" 251) ist daher anhand des Sitzesrechtes zu beantworten. Diese Feststellung, welche vor allem für obligatorische Rechtsverhältnisse zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter mit internationalem Bezug von entscheidender Bedeutung ist, jedoch auch im interkantonalen Bereich hinsichtlich des Schiedsrichterhonorars "de quantitate" von Bedeutung sein kann 252), zwingt zur Ueberlegung, ob die Entscheidung der zürcherischen und allgemein der schweizerischen Schiedsrechtsauffassung, den Sitz des Schiedsgerichts als Kollisionsbegriff für die Anknüpfung des auf den Schiedsrichtervertrag

249) Siehe oben § 4 IV. 1.

250) Siehe oben § 13.

251) Siehe unten § 14 I. 2.

252) Siehe unten § 14 III.

anwendbaren Rechts zu verwenden, im Ergebnis mit der Rechtsanknüpfung auf Grund der geltenden Regeln des internationalen Privatrechts übereinstimmt.

1. Die Herrschaft des Sitzesrechtes im Lichte der objektiven Anknüpfung gemäss geltendem internationalem Privatrecht

Für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz ist bei der Typologisierung des Schiedsrichtervertrages bzw. des obligatorischen Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter von der lex fori des Sitzes auszugehen. Die Qualifizierung als Auftrag bzw. auftragsähnlicher Quasikontrakt bildet für zürcherische wie allgemein für schweizerische Schiedsgerichte daher den gültigen Ausgangspunkt für nachstehende Ueberlegungen.

Der Auftrag bzw. das auftragsähnliche Verhältnis sind Arbeitsverträge im weiteren Sinne, Rechtsverhältnisse also, die eine Arbeitsleistung zum Inhalt haben, ohne dass, wie beim Arbeitsvertrag, die Leistung von Arbeit auf Zeit, wie im Werkvertrag, das Versprechen eines bestimmten Arbeitserfolges, oder wie bei den besonders geregelten Vertragsarten der Mäkelei, der Kommission, des Frachtvertrages und dergleichen, andere spezifische Voraussetzungen erfüllt wären 253).

Nach Lehre und Rechtsprechung gilt bei der Rechtsanknüpfung von Verträgen, die zu verschiedenen Rechtsordnungen Beziehungen aufweisen und durch Rechtswahl noch nicht bereits lokalisiert sind, als Leitprinzip, dass das Recht desjenigen Staates anwendbar sei, mit dem sie räumlich am engsten zusammenhängen 254). Dieser Grundsatz löst jedoch die Frage nach dem anwendbaren Recht noch nicht, sondern er bedarf zur Zweckerfüllung zusätzlich der Konkretisierung durch Bezeichnung typischer Merkmale, die den engsten räumlichen Zusammenhang indizieren. Als konkretisierende Tatbestände stehen im Vordergrund:

253) Vgl. Schönenberger/Jäggi N 290.

254) Vgl. Keller S. 27; Entwurf "IPR-Gesetz" Art. 120 Abs. 1.

- Die charakteristische Vertragsleistung,
- das besondere Schutzbedürfnis einer Vertragspartei oder
- die eindeutige örtliche Verknüpfung des Vertrages 255).

Steht als konkretisierender Tatbestand für die Herstellung des engsten räumlichen Zusammenhangs die charakteristische Leistung im Vordergrund, so gilt für die Lokalisierung nach neuerer Bundesgerichtsrechtsprechung der Wohnsitz des Schuldners der charakteristischen Leistung. Das trifft auch für Arbeitsleistungsverträge zu, die als Regelanknüpfung den Geschäftssitz, das Rechtsdomizil, den Wohnsitz des Schuldners der Arbeitsleistung kennen 256). Obwohl nun auch der Auftrag eine Arbeitsleistung zum Inhalt hat, untersteht er nicht der Regelanknüpfung am Wohnsitz des Beauftragten, der Schuldner der Arbeitsleistung ist. Nach mehrfach bestätigter Rechtsprechung des Bundesgerichts erfährt der Auftrag seine, von der Regelanknüpfung anderer Arbeitsleistungsverträge abweichende, eigene Regelanknüpfung am Orte, wo der Beauftragte seine wesentlichen Verpflichtungen zu erfüllen hat 257). Uebertragen auf Schiedsgerichte, die als wesentliche Verpflichtungen ihre Verhandlungen oder Urteilsarbeiten im Ausland erbringen oder ihre wesentliche schiedsrichterliche Arbeit bei Schiedsrichtern mit Domizil in verschiedenen Ländern gar auf dem Zirkularweg erledigen, hätte diese Regelanknüpfung des obligatorischen Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter unabsehbare, zum Teil äusserst stossende praktische Konsequenzen. Namentlich im Hinblick auf die Beurteilung der Frage nach dem Anspruch auf Schiedsrichtershonorare sowie auf dessen Bemessung. Nun gelten aber die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten

255) Vgl. Entwurf "IPR-Gesetz" Art. 120 Abs. 2.

256) Vgl. Vischer "Internationales Vertragsrecht" S. 121/122; Entwurf "IPR-Gesetz" Art. 121 Abs. 2 c.

257) Vgl. Keller S. 126 ff.; BGE 96 II 145 ff. Erw. 2; 91 II 442 ff. Erw. 1; 77 II 86 ff. Erw. 3 a; Schönenberger/Jäggi N 291 (abweichend); ebenfalls: Vischer "Internationales Vertragsrecht" S. 121/122.

Regelanknüpfungen nicht absolut. Sowohl die Rechtsanknüpfung an Wohnsitz des Schuldners der charakteristischen Leistung wie diejenige des Auftrags, die den Erfüllungsort der wesentlichen Verpflichtung des Beauftragten als konkretisierenden Tatbestand für die Herstellung des engsten räumlichen Zusammenhangs nennt, sind vom Bundesgericht lediglich als Regeln mit sogenannter "Prima-facie-Bedeutung" erkannt worden. Ein ausnahmsweises Abrücken von diesen Regeln ist dann gegeben, wenn die besonderen Umstände eines einzelnen Vertrages unter dem Gesichtspunkt des engsten räumlichen Zusammenhangs die Anwendung eines anderen Rechtes nahelegt; wenn die Subsumierung unter die Regelanknüpfung zu stossenden praktischen Konsequenzen führen würde 258). Die theoretischen Schwierigkeiten bei der Rechtsanknüpfung des obligatorischen Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter und das Bestreben, Lösungen mit unglücklichen praktischen Auswirkungen zu vermeiden, haben in der Literatur zur Ablehnung der Regelanknüpfung, wie etwa des Personalstatuts eines jeden einzelnen Schiedsrichters, geführt. Gegen das Personalstatut, also etwa die Anwendbarkeit des Rechtes am Wohnsitz des einzelnen Schiedsrichters, spreche, dass es sich bei einem Kollegialschiedsgericht um eine gemeinschaftliche Tätigkeit handle; so gesehen könne man an den Mittelpunkt dieser gemeinschaftlichen Tätigkeit anknüpfen, also an das Rechtsdomizil des Schiedsgerichts 259). Diese These ist indessen zu vertiefen und auch auf Einzelschiedsgerichte auszudehnen, bei denen es an einer gemeinschaftlichen Tätigkeit, deren Mittelpunkt das Rechtsdomizil des Schiedsgerichts wäre, fehlt. Es wäre nun aber logisch kaum haltbar und praktisch stossend, bei Kollegial- und Einzelschiedsgerichten eine unterschiedliche Rechtsanknüpfung vorzunehmen. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass anstelle des Schiedsgerichtssitzes als Mittelpunkt schiedsrichterlicher Tätigkeit ein anderer konkretisierender Tatbestand für die Herstellung des

258) Vgl. Keller S. 32; Vischer "Internationales Vertragsrecht" S. 129 ff.

259) Vgl. Schnitzer SJK 1962, S. 5/6.

engsten räumlichen Zusammenhang heranzuziehen ist, nämlich der Schiedsgerichtssitz als Quelle aller hoheitlichen Rechtsakte aller Schiedsgerichte. Ob die schiedsrichterliche Tätigkeit rechtliche Wirkungen zu entfalten vermag, ob die wesentlichste Verpflichtung des Schiedsgerichts, den Rechtsstreit der Schiedsgerichtsparteien rechtskräftig und vollstreckbar zu entscheiden, gültigen Bestand haben kann, hängt vom Rechte am Schiedsgerichtssitz ab. Am Sitze sind alle Akten des Schiedsverfahrens zu hinterlegen, werden die Schiedsprüche mit Rechtskraftbescheinigungen versehen, er hält mit seinen staatlichen Gerichtsinstitutionen die vorgesehene Form von Rechtshilfe zur Verfügung, sein Recht gestattet und überwacht das schiedsrichterliche Tätigwerden, er erscheint als zentraler Erfüllungsort rechtlich wirksamer schiedsrichterlicher Rechtsprechung. Wollte man diese Schlussfolgerung als These auch ablehnen und in Anwendung der Regelanknüpfung für Aufträge den Schiedsrichtervertrag auch auf Grund praktischer schiedsrichterlicher Tätigkeit im Ausland dem geltenden Rechte am Orte dieses Tätigwerdens unterstellen, so könnte doch nicht zweifelhaft sein, dass der untrennbar enge Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Schiedsgerichtes und seinem Sitze, wo allein die Quelle der Rechtswirksamkeit dieser Tätigkeit, wo die Grundlagen der schiedsrichterlichen Rechtsprechung schlechthin liegen, den engsten räumlichen Zusammenhang zwischen Schiedsrichtervertrag und Schiedsgerichtssitz eindeutig klarlegen und mithin zwingend zur Anknüpfung der am Sitze geltenden Rechtsordnung für die Beurteilung des Schiedsrichtervertrages führen müssen.

2. Die Herrschaft des Sitzesrechtes über die Gesamtheit der obligatorischen Aspekte des receptum arbitri

Das Sitzesrecht ist anwendbar auf alle Aspekte des obligatorischen Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter, unbeschadet, ob dieses durch einen eigentlichen Schiedsrichtervertrag ausgefüllt werde oder bei Ernennung auf Grund gesetzlicher Ergänzungsordnung als

nichtvertraglicher, privatrechtlicher Quasikontrakt zu qualifizieren ist. Eine differenzierte Anknüpfung für das gültige Zustandekommen des Vertrages einerseits und dessen Wirkungen andererseits bzw. an den Erfüllungsort der einzelnen Verpflichtungen greift nicht Platz, denn die grosse wie die kleine Vertragsspaltung haben als überwunden zu gelten 260). Als einheitliche Rechtsordnung für das gesamte obligatorische Rechtsverhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter sind daher grundsätzlich die am Schiedsgerichtssitz geltenden Rechtsnormen zur Anwendung zu bringen.

Unter diesen Aspekten ist die für das deutsche Schiedsrecht geäusserte Auffassung von Baumbach/Schwab von Interesse: Wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt sei, gelte die am Orte der Dienstleistung übliche Vergütung als geschuldet; Ort der Dienstleistung sei dort, wo das Schiedsgericht vertragsmässig zusammentrete 261). Die Konsequenz dieser Feststellung, dass - losgelöst vom Sitzesrecht - ein Aspekt der Vergütungsverpflichtung der Schiedsgerichtsparteien, nämlich die Bemessung des Schiedsgerichtshonorars, durch differenzierte Anknüpfung am Orte der schiedsrichterlichen Dienstleistung, also am Orte des vertragsmässigen Zusammentritts des Schiedsgerichts, unterliegen soll, kollidiert mit dem Ergebnis der für das Gebiet der Schweiz als gültig festgestellten Anknüpfung. Diese Auffassung auch für die Schweiz als gültig zu übernehmen, hiesse in das System der Vertragsspaltung abzugleiten. Versagen müsste der von Baumbach/Schwab solchermaßen formulierte Anknüpfungsbegriff sodann auch für die Ermittlung der Vergütungshöhe bei Schiedsgerichten, die auf dem Zirkularweg arbeiten oder für die ein Ort des vertragsmässigen Zusammentretens mangels entsprechender Vorschrift oder Abmachung nicht gegeben ist. Hingegen läge die Auffassung Baumbach/Schwabs auf der Linie Schnitzers und der These vorliegender Arbeit, wenn sie dahin zu interpretieren wäre, dass in Erkenntnis der

260) Vgl. Schönenberger/Jäggi N 291; Keller S. 21.

261) Vgl. Baumbach/Schwab S. 94.

schiedsgerichtlichen Tätigkeit als gemeinschaftliches Tätigwerden der Ort der Dienstleistung als mit dem Mittelpunkt der gemeinschaftlichen schiedsrichterlichen Tätigkeit, also mit dem Schiedsgerichtssitz, identisch erkannt würde. Diese Interpretation wiederum müsste jedoch zwangsläufig zur Ablehnung der These führen, der Ort der schiedsrichterlichen Dienstleistung liege dort, wo das Schiedsgericht vertragsmäßig zusammentrete.

Für das Gebiet der Schweiz muss daher an der Herrschaft des Sitzesrechtes über die Gesamtheit des obligatorischen Rechtsverhältnisse zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter festgehalten werden, wenn - wie auch Baumbach/Schwab erkennen - die Beurteilung des Schiedsrichtervertrags denjenigen Rechte unterliege, welches auch den Schiedsvertrag beherrsche, also dem Sitzesrecht schlechthin.

II. Die Quellen des Schiedsrichterhonorars "de quantitate"

Für die Bestimmung des Schiedsrichterhonorars "de quantitate" als Anspruch aus Auftrag oder auftragsähnlichem Quasikontrakt fallen folgende Rechtsquellen in Betracht:

- Gesetz,
- Vereinbarung,
- Uebung und
- richterliches Ermessen.

1. Das Gesetz

Das Bundesprivatrecht spricht sich in der Regel nur darüber aus, ob einem Beauftragten dem Grundsatz nach ein Entgelt zustehe oder nicht. Zur Ermittlung der Höhe eines solchen Entgelts aus Auftrag verweist das Gesetz jedoch auf Parteiabrede und Uebung mit Ausnahme der Willensvollstreckung und gewisser Mäkeleien, für die gemäss Art. 517 ZGB bzw. Art. 417 OR ausdrücklich "angemessene" Entschädigung vorgeschrieben ist. Während demgemäss aus dem Bundeszivilrecht für die Bemessung

des Schiedsrichterhonorars nichts abgeleitet werden kann, stellt sich die Frage nach kantonalen Gesetzen, welche die Bemessung des Schiedsrichterhonorars zwingend normieren oder dafür dispositive Massstäbe nennen.

Zunächst wäre dabei namentlich an öffentliche behördliche Zwangstarife zu denken, die - ähnlich wie etwa kantonale Verordnungen über Anwaltsgebühren für forensische Tätigkeit der Anwälte, namentlich für amtliche Verteidigung und zivilprozessliche Rechtsvertretung im Armenrecht 262) - die Entschädigung für schiedsrichterliche Tätigkeit mit der Wirkung tarifieren, dass jede, das tarifierte Mass übersteigende Honorarvereinbarung für den übersteigenden Betrag nichtig wäre. Solche Zwangstarife sind gesetzlicher Ausdruck bestehender Uebung gemäss Art. 5 Abs. 2 ZGB, auf die Art. 394 Abs. 2 OR verweist 262 a). Ihr Erlass ist im Rahmen der Kompetenz der Kantone, im öffentlichen Recht zu legiferieren, zulässig und partizipiert an der Expansivwirkung des kantonalen öffentlichen Rechts gemäss Art. 6 ZGB, wenn damit die Wahrung öffentlicher Interessen verfolgt wird. Als Schutz öffentlicher Interessen könnte bei öffentlich behördlicher Tarifierung schiedsrichterlicher Dienstleistungen die Wahrung des Interesses von Rechtssuchenden an einem nicht zu teuren Rechtsschutz auch durch Schiedsgerichte erblickt werden. Ein entsprechender Zwangstarif für die Ermittlung des Schiedsrichterhonorars besteht jedoch im Kanton Zürich und, soweit ersichtlich, auch in den übrigen Kantonen nicht 262 b). Dieser Verzicht der Kantone auf Erlass von öffentlichen behördlichen Zwangstarifen für die Bemessung der Entschädigung von Schiedsrichtern erscheint denn auch als richtig. Einerseits ist dem durch einen

262) Wobei es sich bei Anwaltsgebührenverordnungen insoweit aber um keine Zwangstarife handelt, als abweichende Parteiabrede möglich ist.

262 a) Vgl. Oeser/Schönenberger N 17 zu Art. 394; Gautschi N 78 a) und 82 d) zu Art. 394.

262 b) Vgl. dazu aber: Rüede/Hadenfeldt S. 160 4. a) und daselbst Anmerkung 146.

Zwangstarif sicherlich gewährten öffentlichen Interesse an einem nicht zu teuren Rechtsschutz auch vor Schiedsgerichten der Umstand entgegenzuhalten, dass Schiedsgerichte Privatgerichte sind, deren Tätigwerden primär vom Willen der Schiedsgerichtsparteien abhängt, die mit ihrer Entscheidung einen mehr oder weniger kostspieligen Prozess bewusst in Kauf nehmen. Auf der andern Seite ist mit Gautschi darauf hinzuweisen, dass im Prinzip mit öffentlich behördlichen Zwangstarifen für selbstständig geleistete Rechtsdienste dieselbe Nivellierung erreicht würde wie für Dienstpflichtige durch allgemeinverbindliche Normal- und/oder Gesamtarbeitsverträge 263). Diese Wirkung von öffentlichen Zwangstarifen aber wäre mit dem die Schiedsgerichtsbarkeit beherrschenden Grundzug der Parteifreiheit, die im ganz besonderen Masse auch das Verhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter beschlägt, nur schwer in Einklang zu bringen.

Sodann besteht jedoch auch die Möglichkeit des Erlasses kantonalen Dispositivtarife, wie sie im Kanton Zürich beispielsweise in der Taxordnung für Aerzte (Privattarif) ihren Niederschlag finden 264). Auch behördliche Dispositivtarife solcher Art können als gesetzlicher Ausdruck der in einer bestimmten Berufsgruppe oder für eine ganz bestimmte Tätigkeit bestehenden Usancen für die Höhe der Vergütung gewertet werden 265). Für die Beurteilung der Entschädigung von Schiedsrichtern erlassen, würden sie dem Richter in Streitigkeiten um das Schiedsrichterhonorar bei Fehlen entsprechender Parteiabreden einen Massstab für die Festsetzung des Honorars in die Hand geben. Behördliche Dispositivtarife dieser Art für die Ermittlung des Schiedsrichterhonorars "de quantitate" bestehen jedoch, soweit ersichtlich, weder im Kanton Zürich noch in den übrigen Kantonen.

263) Vgl. Gautschi N 78 a) und b), 82 e).

264) Vgl. Taxordnung für Aerzte (Privattarif) vom 26. Februar 1959, ZG 4, 508; mit Abänderungen OS 41, 666; 42, 200; 43, 39;

265) Vgl. BGE 82 IV 148 Erw. 2 a).

2. Vereinbarung

A) Die Vereinbarung über Vergütungsprinzip und/oder Vergütungsmass

Die Einigung auf ein bestimmtes Entschädigungsprinzip bzw. auf bestimmte Kriterien zur Bemessung des Auftragshonorars kann zunächst in einer kollisionsrechtlichen und/oder materiellrechtlichen Verweisung der Parteien des *receptum arbitri* mit Bezug auf ihr obligatorisches Rechtsverhältnis mitenthalten sein 266) oder in privatautonomer individueller Ausgestaltung des Vertragsinhaltes gemäss Art. 394 Abs. 3 OR zum Ausdruck gelangen. Die gültige Parteiabrede über das Vergütungsprinzip und/oder das Vergütungsmass unterstehe den gesetzlichen Bestimmungen über den Vertragskonsens gemäss Art. 1 OR. Ob die Parteiabrede über das Vergütungsprinzip und/oder das Vergütungsmass vor Beginn der Auftragsabwicklung in Form eines sogenannten *pactum adiectum* als Bestandteil des allgemeinen Vertragskonsenses getroffen wird oder zu einem beliebigen Zeitpunkt, möglicherweise gar erst während einer gerichtlichen Auseinandersetzung um den Grundsatz des Bestandes eines Honoraranspruches oder die Höhe des Honorars zustandekommt, ist von untergeordneter Bedeutung. Im Gegensatz zur Anwendbarkeit eines bestimmten Honorierungsprinzips auf Grund kollisionsrechtlicher und/oder materiellrechtlicher Verweisung, welche stillschweigend erfolgen kann 267), begründet Stillschweigen in Abweichung von Art. 1 Abs. 2 OR im einfachen Auftrag eine gesetzliche Vermutung für die Unentgeltlichkeit der auftragsgemäss zu erbringenden Dienstleistung, es sei denn, die *praesumptio iuris* der Unentgeltlichkeit werde durch das Bestehen des Vergütungsprinzips aus Übung derogiert. Das bedeutet, dass mit Ausnahme der von Gesetzes wegen qualifiziert entgeltlichen Auftragsarten im Schweizerrecht ausserhalb des Bereiches von Parteiabrede und Übung *ex mandato* ein Vergütungsanspruch im einfachen Auftrag

266) Siehe oben § 4 IV. 3.

267) Siehe oben § 4 IV. 2.

nicht besteht. Ohne der These Beckers folgen zu müssen, wenn die Entgeltlichkeit der Uebung entspreche, gelte sie als vereinbart, sofern nicht der Wille beider Parteien auf das Gegenteil gerichtet sei 268), ist jedoch darauf hinzuweisen, dass durch Parteiabrede und Uebung das Vergütungsprinzip praktisch für den nämlichen Bereich von Aufträgen zur Entstehung gelangt, wie wenn für die Entstehung des Honoraranspruches neben dem ausdrücklichen Parteiwillen auch für die stillschweigende Vereinbarung der Parteien und mithin auf das subjektive Kriterium des vermuteten Parteiwillens anstatt auf das objektive Kriterium einer Uebung abgestellt würde 269).

B) Die Vereinbarung der Vergütungsmaassstäbe

Innerhalb der Grenzen der Sittlichkeit und der unerlaubten Uebervorteilung gemäss Art. 20 bzw. Art. 21 OR und Art. 157 StGB sind die Parteien völlig frei bei der Vereinbarung von Bemessungsgrundsätzen und Maassstäben für die Ermittlung von Umfang und Höhe des Auftragshonorars. Die Gesichtspunkte, welche vereinbarten Honorierungsmodellen zugrundeliegen mögen, decken sich in einigen Elementen mit jenen Kriterien, die der Richter seinem Urteilspruch über die Höhe eines Honorars aus Auftrag auf Grund des Angemessenheitsprinzips zugrundelegen wird 270). Als grundsätzlicher Ausgangspunkt für die Bemessung des Auftragshonorars soll jedoch hier wie dort gelten, dass der Honoraranspruch aus Auftrag als einem wesentlich zweiseitigen Vertragsverhältnis, das den Austausch geldwerter Vermögensleistungen bezweckt, in einer vernünftigen Relation zur erbrachten Dienstleistung stehen soll 271).

Im einzelnen werden bei Honorarvereinbarungen folgende Entschädigungsformen im Vordergrund stehen:

268) Vgl. Becker N 19 zu Art. 394.

269) Vgl. Gautschi N 74 c) zu Art. 394.

270) Siehe unten IV.

271) Vgl. BGE 82 IV 147/148.

- Pauschalhonorar,
- Prozenthonorar,
- Erfolgshonorar und
- Zeitlohn.

Die Angemessenheit des Honorarausmasses, die vernünftige Relation zwischen dem Geldwert des Entgeltes und der erbrachten Dienstleistung also, wird auf verschiedenen möglichen Varianten beliebiger Kombinationen von sachlichen und ideellen Kriterien beruhen, wie:

- Wirtschaftliche Bedeutung der Dienstleistung,
- Interessenwert,
- Streitwert,
- übernommene Verantwortung und
- Sachkenntnis des Beauftragten.

a) Das Pauschalhonorar

Unter Pauschalhonorar ist die Verpflichtung des Auftraggebers zur Bezahlung einer fixen Geldsumme zu verstehen, deren Höhe zwischen den Parteien anhand beliebiger Kriterien frei vereinbart werden kann. Dabei bleibt es ihrem Konsens überlassen, wie weit sie sachliche und/oder ideelle Momente wie mutmasslichen Zeitaufwand, Interessen- oder Streitwert, wirtschaftliche Bedeutung der Dienstleistung oder zu übernehmende Verantwortung zur Grundlage für die Ermittlung des Pauschalbetrages machen wollen. Das Pauschalhonorar, das in seinem Charakter dem Kaufpreis im Kauf am nächsten kommt 272), erscheint indessen für die Honorierung schiedsrichterlicher Dienstleistungen weniger geeignet. Für die Schiedsgerichtsparteien würde es wohl den Vorteil zum voraus kalkulierbarer Prozesskosten mit sich bringen. Doch ist beim Pauschalhonorar für Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter die Gefahr der Unangemessenheit, der gestörten Relation zwischen den geldwerten Leistungen der Parteien des receptum arbitri also, nicht zu

272) Vgl. Gautschi N 76 b) zu Art. 394.

verkennen, wenn sich ein Schiedsgerichtsprozess im nachhinein als wesentlich komplizierter und langwieriger als angenommen erweist, oder wenn es zur vorzeitigen Prozesserledigung infolge Klageanerkennung, Klagerückzugs oder Vergleichs kommt.

b) Das Prozenthonorar

Das Prozenthonorar basiert auf der Ermittlung eines Interessen- oder Streitwertes der zu erbringenden Dienstleistung. Es ist die Verkörperung eines Prinzips, das sich für die Honorierung der schiedsrichterlichen Dienstleistung als sachlich angemessen und geeignet erwiesen hat. So besteht im Kanton Zürich nicht nur die Uebung, dass Juristen als Mitglieder von Schiedsgerichten anhand der jeweils geltenden Verordnung über die Anwaltsgebühren in Prozenten des fraglichen Streitwertes zu entschädigen seien 273), sondern auch die Schiedsordnung der Zürcher Handelskammer verweist in ihrem Art. 39 auf das Prinzip der Entschädigung in Prozenten des Streitwertes gemäss kantonalem Anwaltsgebührentarif von Zürich, und die Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer enthält in ihrem Anhang II eine detaillierte Tabelle für die Entschädigung in Streitwertprozenten 274). Werden die Schiedsordnungen der Zürcher Handelskammer, der Internationalen Handelskammer oder anderer Institutionen, die ein Prozenthonorar vorsehen, von den Schiedsgerichtsparteien oder dem Schiedsgericht als geltende Verfahrensordnung bestimmt, so hat das Prinzip der Entschädigung in Prozenten des Streitwertes als vereinbart zu gelten, es sei denn, Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter treffen eine abweichende Abrede 275). Das Prinzip der Entschädigung nach Streitwertprozenten durch Kombination mit weiteren sachlichen und/oder ideellen Bemessungsgrundsätzen zu ergänzen

273) Siehe unten III.

274) Vgl. Art. 39 IV. der Schiedsordnung der Zürcher Handelskammer vom 3. November 1976; Schiedsordnung der IHK Anhang II, 4 b).

275) Vgl. § 248 Zürcher ZPO sowie oben § 5.

oder zu vervollständigen, steht den Parteien des receptum arbitri frei. Eine solche Ergänzung wird indessen zu empfehlen sein, da das reine Prozenthonorar in der Regel die Gewähr für eine angemessene, der Billigkeit entsprechende Vergütung für die erbrachte Dienstleistung und die übernommene Verantwortung nicht bietet 276).

c) Das Erfolgshonorar

Für die Vereinbarung eines Erfolgshonorars, eines pactum de quota litis, in der Weise, dass der Vergütungsanspruch suspensiv davon abhängig gemacht wird, ob - wie beispielsweise bei der Mäkelei oder der Kommission - ein bestimmter Erfolg eintritt, ist im Schiedswesen kein Platz. Der Schiedsrichter ist gegenüber beiden Schiedsgerichtsparteien in gleichem Masse verpflichtet, gemäss seiner Sachkenntnis und auf Grund des ermittelten Sachverhaltes und der gewonnenen richterlichen Ueberzeugung einen Schiedsspruch zu fällen. Will die Entscheidung des Schiedsrichters in Form eines rechtskräftigen und vollstreckbaren Schiedsspruches als "Erfolg" und mithin als Voraussetzung für die Entstehung des Honoraranspruches gewertet werden, so stellt sich allenfalls die Frage, wie der Anspruch auf Schiedsrichterhonorar "de principio" und "de quantitate" zu bewerten ist, wenn dieser "Erfolg" nicht eintritt 277).

d) Der Zeitlohn

Unter Zeitlohn ist im Zusammenhang mit der Entschädigung von Schiedsrichtern nicht an Stunden-, Wochen- oder Monatslohn, wie z.B. eines Arbeitnehmers, oder gar an Jahrlohn, wie z.B. für Verwaltungsratsdienste, zu denken. Vielmehr steht eine Entschädigung anhand vereinbarter Ansätze pro aufgewendete Zeiteinheit im Vordergrund. Als Zeitmassstäbe fallen beliebig variable Zeiteinheiten wie Stunden, halbe Tage, ganze Tage oder dergleichen in Betracht. Jedoch ist auch die Honorierung

276) Vgl. Gautschi N 76 g) zu Art. 394.

277) Dazu unten V.

nach Anzahl von Halbsitzungen oder Sitzungen als Entschädigung nach Zeitaufwand zu werten 278). Die Parteiabrede der Entschädigung von Schiedsrichtern nach Zeitaufwand bildet eine gültige Alternative zur Vereinbarung des Prinzips eines Prozenthonorars. Die Ermittlung der gültigen Honorierungsansätze pro angewendete Zeiteinheit anhand beliebig variabler Kombinationen sachlicher und/oder ideeller Kriterien könnte im Hinblick auf die Angemessenheit des Honorars und des Interesses, eine vernünftige Relation zwischen den geldwerten Vermögensleistungen des Honorars und der erbrachten Dienstleistung zu erreichen, zu einem optimalen Ergebnis bei der Honorierung schiedsrichterlicher Dienstleistung führen.

III. Die Uebung als Massstab für die Bestimmung des Schiedsrichterhonorars "de quantitate"

1. Der Grundsatz

Ist das Vergütungsmass weder durch Gesetz noch durch Parteiabrede bestimmt oder bestimmbar, so stellt sich die Frage, ob für seine Ermittlung eine Uebung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 ZGB bestehe. Als partikuläres, mittelbares Gesetzesrecht, das lokal beobachtete Ortsübung, lokal getätigten Ortsbrauch aus dem faktischen Bereich in den Raum normativer Geltung überführt, aussert sich die Uebung mit unterschiedlicher Intensität. Das gilt sowohl für die Uebung als Entstehungsgrund für das Auftragshonorar "de principio" wie "de quantitate". Als gültige Anhaltspunkte für den Bestand einer Uebung stellen sich private und behördliche Tarife dar 279). Wenn der Zweck eines Tarifes primär auch nicht darin liegt, das Vergütungsprinzip festzulegen, so begründet seine Entstehung zunächst doch die tatsächliche Vermutung, das Prinzip der Vergütung der durch den Tarif erfassten Dienstleistung entspreche geltender Uebung 280).

278) Siehe unten IV.

279) Vgl. Gautschi N 77 zu Art. 394.

280) Vgl. Gautschi N 77 b) zu Art. 394.

Die eigentliche Bedeutung des Tarifs besteht aber darin, das übliche Mass der Vergütung festzulegen. Im Gegensatz zu öffentlichen behördlichen Zwangstarifen haben Privattarife, die in der Regel von privatrechtlich organisierten Berufsverbänden und ähnlichen Interessengemeinschaften aufgestellt werden, nicht die Wirkung, dass die Angehörigen des betreffenden Berufes oder auch nur die Mitglieder des fraglichen Berufsverbandes darauf verpflichtet wären 281). Je umfassender jedoch der tatsächliche Anwendungsbereich solcher Tarife ist, umso mehr gelten sie als Ausdruck tatsächlicher Uebung. Die Intensität in ihrer Anwendung hat mit Bezug auf gewisse Tarife sogar dazu geführt, dass sie nicht nur für bestimmte Landesgegenden oder Kantone 282), sondern für das ganze Gebiet der Schweiz als geltende Uebung anerkannt wurden 283).

Der Umstand der Geltung für das ganze Gebiet der Schweiz, der den üblichen Vergütungsmassstab als "quasi gewohnheitsrechtlich" erscheinen lässt, ändert jedoch nichts am Charakter der Uebung als partikuläres Gesetzesrecht. So kommt denn der Uebung als lokales Recht auch eine hervorragende Bedeutung bei der Honorierung in Auftragsverhältnissen mit internationalem oder interkantonaalem Bezug zu. Es ist theoretisch nämlich denkbar und möglich, dass unterschiedliche Uebungen innerhalb der Schweiz zu unterschiedlichen Bemessungsmassstäben gleicher Auftragsdienste führen könnten. Schliesslich ist noch von Wichtigkeit, dass Tarife wohl eine tatsächliche Vermutung für eine entsprechende Uebung darstellen, sich diese Vermutung aber nicht auf die Angemessenheit der Tarifansätze erstreckt;

281) Vgl. Gautschi N 77 c) zu Art. 394.

282) Vgl. ZR 58 Nr. 111 S. 302: "Nach der Auffassung der zürcherischen Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte darf die vom Verein Zürcherischer Rechtsanwälte am ... erlassene Gebührenordnung als Ausdruck des zur Zeit im Kanton Zürich Ueblichen betrachtet werden (ZR 53 Nr. 172, ZR 55 Nr. 177 S. 378)".

283) Vgl. Die Ueblichkeit der SIA-Honorarordnung für architektonische Arbeiten selbständiger Architekten - BGE 62 II 169; SJZ 63 Nr. 92 S. 191; ZBJV 86, 1950, S. 539/540.

das bedeutet mit anderen Worten, dass der Richter, welcher ein Honorar auf seine Angemessenheit hin zu überprüfen hat, nicht an die der Uebung entsprechenden Tarife und die darin enthaltenen Tarifansätze gebunden ist 284).

2. Die Uebung zur Bemessung des Schiedsrichterhonorars im Kanton Zürich

Im Kanton Zürich bestehen weder öffentliche behördliche Zwangs- oder Dispositivtarife noch Privattarife, wie etwa des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte oder einer anderen Interessengemeinschaft von Juristen, welche für die Bemessung des Schiedsrichterhonorars einen üblichen Massstab zur Verfügung hielten. Hingegen hat die Zürcher Rechtsprechung für den Kanton Zürich die Uebung festgestellt, dass Juristen als Mitglieder eines Schiedsgerichtes auf Grund der geltenden Verordnung des Obergerichtes des Kantons Zürich über die Anwaltsgebühren zu entschädigen seien 285): "Bei der Ermittlung der voraussichtlichen Kosten eines schiedsgerichtlichen Verfahrens wird in der Regel auf die Verordnung des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 19. Dezember 1960 286) (Gebührentarif) abgestellt" 287). ZR 62 Nr. 101 hat diese Uebung der Entschädigung schiedsrichterlicher Dienste anhand des kantonal zürcherischen Anwaltstarifs dahin ausgedehnt, dass für die Festsetzung der Schiedsgebühr ebenfalls der Anwaltstarif wegleitend sei. Diese Ausdehnung lehnt Wiget ab: Es könne nicht mit ZR 62 Nr. 101 gesagt werden, für die Festsetzung der Schiedsgebühr sei ohne weiteres der Anwaltstarif wegleitend 288). Diese Auffassung dürfte dahin aufgefasst werden, die Uebung der Entschädigung des Schiedsrichters

284) Vgl. Gautschi N 82 e) zu Art. 394.

285) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 247; Rüede/Hadenfeldt S. 160 4. b).

286) Seit 1. Januar 1978 in Kraft: VO vom 22. Dezember 1976, OS 46, 567.

287) Vgl. III. ZK vom 22. Mai 1964 Erw. III.

288) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 248.

anhand des Anwaltstarifes auf Juristen als Mitglieder von Schiedsgerichten zu beschränken. Im Rahmen der Untersuchungen über die Bemessung des Schiedsrichterhonorars auf Grund des Angemessenheitsprinzips wird jedoch darzutun sein, inwieweit Nichtjuristen als Mitglieder von Schiedsgerichten ebenfalls von der üblichen Anwendung des Anwaltstarifes profitieren können 289). Unbestritten muss jedoch die übliche Anwendung des obergerichtlichen Anwaltstarifs auch für die Ermittlung des Honorars des rechtskundigen Schiedsgerichtssekretärs gelten. Das bringt auch der Entscheid der III. ZK vom 22. Mai 1964 deutlich zum Ausdruck: Für einen Schiedsstreit mit einem Streitwert von Fr. 134'000.-- hatte ein Schiedsgericht anhand der obergerichtlichen Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 10. Dezember 1960, die bei einem solchen Streitwert eine Gebühr von zwischen Fr. 2000.-- und 12'500.-- vorsah, eine Nachkaution von Fr. 12'000.-- verlangt. Dazu führte die III. ZK aus: "Vorliegend handelt es sich um ein Schiedsgericht mit drei Mitgliedern, das, wie es in solchen Fällen üblich ist, einen rechtskundigen Sekretär beigezogen hat. In Frage stand daher der vierfache Betrag der vorgenannten Ansätze zuzüglich der Kanzleikosten" 290).

Gleichviel, ob es sich bei den Mitgliedern eines Schiedsgerichtes um Nichtjuristen oder Juristen handelt, ist für die Bemessung des Schiedsrichterhonorars, wie oben ausgeführt 291), auf keinen Fall das jeweilige Personalstatut der einzelnen Mitglieder des Schiedsgerichts massgebend. Denn die Sitzbestimmung beantwortet - vorbehältlich abweichender Parteiabrede oder kollisions- und/oder materiellrechtlicher Verweisung - unmittelbar auch die Frage, ob für die Honorierung der Mitglieder des Schiedsgerichts am Sitze eine Uebung bestehe oder nicht.

289) Siehe unten IV. 2.

290) Vgl. III. ZK vom 22. Mai 1964 Erw. III.

291) Siehe oben I.

Hingegen stellt sich die Frage, in welchem Umfange die Honorierungsprinzipien, wie sie in der Verordnung des Obergerichtes des Kantons Zürich über die Anwaltsgebühren zum Ausdruck kommen, auf die Entschädigung von Juristen als Schiedsrichtern oder Schiedsgerichtssekretären zur Anwendung gelangen. Wie aus § 2 des Zürcher Anwaltstarifs hervorgeht, ist im Rahmen der auf Grund des entsprechenden Streitwertes gegebenen Gebührenspanne der tatsächlich anzuwendende Honoraransatz unter Berücksichtigung der in der Bestimmung enthaltenen Angemessenheitskriterien wie übernommene Verantwortung, Schwierigkeit des Falles und notwendiger Zeitaufwand auszumitteln 292). Dabei ist davon auszugehen, dass der ermittelte Honoraransatz als Grundgebühr ordentlicherweise nur einmal in Anschlag zu bringen ist. In Anlehnung an Art. 39 Abs. 2 Schiedsordnung der Zürcher Handelskammer darf jedoch als angemessen und wohl auch als bestehender Uebung entsprechend angenommen werden, dass ausnahmsweise Zuschläge erhoben werden dürfen, wenn das Schiedsgericht ein ausserordentlich umfangreiches Beweisverfahren durchzuführen hatte. Sodann steht Juristen als Mitgliedern eines Schiedsgerichts mit Sitz im Kanton Zürich in sinngemässer Anwendung von § 12 des Anwaltstarifes ein Viertel bis die Hälfte der Grundgebühr zu, wenn das Schiedsverfahren vorzeitig zufolge Vergleichs, Klagerückzugs oder Klageanerkennung abgeschlossen wird. Die genaue Ausmittlung des in Anschlag zu bringenden Honoraransatzes zwischen einem Viertel und der Hälfte der Grundgebühr wird wiederum anhand der in § 2 des Anwaltstarifes oder weiterer Angemessenheitskriterien vorzunehmen sein. Dabei dürfte jedoch in erster Linie im Vordergrund stehen, wie weit das Schiedsverfahren im Zeitpunkt der Erledigung durch Abschreibung zufolge Vergleichs, Klagerückzugs oder Klageanerkennung schon gediehen war, und welche Arbeiten durch das Schiedsgericht bereits geleistet waren 293).

292) Zu den Angemessenheitskriterien "notwendiger Zeitaufwand" siehe unten IV. 1., "übernommene Verantwortung" und "Schwierigkeit des Falles" IV. 3.

293) Zur Frage des anteilmässigen Honorars siehe im weiteren unten V.

Das solchermassen festgesetzte Mass der Honorierung von Juristen als Mitglieder eines Schiedsgerichtes mit Sitz im Kanton Zürich muss regelmässig auch als angemessen gelten. An diese tatsächliche Vermutung der Angemessenheit ist der Richter jedoch nicht gebunden, wenn er aufgerufen ist, die Höhe eines Schiedsrichterhonorars auf seine Angemessenheit hin zu überprüfen 294). Es ist daher möglich und bedarf genauer Betrachtung 295), dass ein auf Grund bestehender Uebung über das Vergütungsmass, wie etwa im Kanton Zürich festgesetztes Schiedsrichterhonorar durch richterliches Urteil unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit abgeändert und ergänzt werden kann.

Als Kontrast zu der im Kanton Zürich bestehenden Uebung über das Vergütungsmass mag ein knapper Hinweis auf die in Deutschland geltenden Ueblichkeitsmasssstäbe für die Bemessung von Schiedsrichterhonoraren von Interesse sein:

Bei entgeltlichem Schiedsrichteramt bemisst sich das Schiedsrichterhonorar in Deutschland in erster Reihe nach Parteiabrede, bei Fehlen einer solchen ist das übliche Honorar gemäss § 612 Abs. 2 BGB geschuldet. Bei der Ermittlung dieses Ueblichkeitsmassstabes bieten sich in Deutschland drei Quellen an: Je nach Ort des Schiedsrichtervertrages entfalteten früher zwei verschiedene Ueblichkeitsmassstäbe mit unterschiedlichen Tarifansätzen ihre Wirkung, deren Verschiedenheit sich nach den Bezirken der Rechtsanwaltskammern richtete. Zu diesen Ueblichkeitsmassstäben, die einander ausschlossen, ist eine neue, dritte Lösung getreten, ein Ueblichkeitsmassstab, der seinen Niederschlag in einer Vereinbarung zwischen dem deutschen Anwaltsverein und dem deutschen Richterbund 296) gefunden hat, und welcher im Begriffe ist, die zwei älteren

Vgl. Gautschi N 75 a) zu Art. 394; ZBJV 86 1950 S. 539/540.
295) Siehe unten IV.

296) Formblatt der Hans Söldanstiftung, Fassung 2 67/7357.

Uebungen zu ersetzen und aufzuheben 297). Alle drei Ueblichkeitsmassstäbe greifen auf die Gebührenordnung für Rechtsanwälte zurück, obwohl gemäss § 1 Abs. 2 RaGebO deren Anwendbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen wird für die Tätigkeit als Schiedsrichter. Gleichwohl biete sich diese Gebührenordnung als Art der Berechnung für den Schiedsrichter als vertragliche Grundlage seiner Vergütung an. Sie werde in vielem seiner Tätigkeit gerecht und verdiene den Vorzug vor dem GKG und der Kostenordnung 298). Trotz der Verschiedenheit der Tätigkeit des Prozessbevollmächtigten und des Schiedsrichters sei die RaGebO daher eine brauchbare Grundlage für die Berechnung des Schiedsrichterhonorars 299). Auf Grund dieser Gebührenordnung für Rechtsanwälte setzt sich das Honorar des Prozessbevollmächtigten und mithin auch des Schiedsrichters aus einer Prozessgebühr, einer Verhandlungsgebühr, einer Beweisgebühr sowie aus einer Vergleichsgebühr zusammen 300). Während die beiden älteren Ueblichkeitsmassstäbe sowohl für den Obmann wie für die Beisitzer unterschiedliche Ansätze kannten, vereinheitlicht die Vereinbarung zwischen deutschem Anwaltsverein und deutschem Richterbund die Ansätze dahin, dass für die Beisitzer in Anwendung von § 11 Abs. 1 RaGebO 13/10 der Regelgebühr, für den Obmann 15/10 berechnet werden. Abgesehen von diesen Ansätzen in Prozentwerten, die für die Schweiz keine Aussagekraft haben, sei jedoch auf folgende Prinzipien, wie sie der Vereinbarung

297) Vgl. Breetzke NJW 68 S. 1113 ff., S. 1116; auch: Baumbach/Schwab: Man könne unmöglich verlangen, dass der Schiedsrichter, dessen Tätigkeit nicht weniger wichtig und schwierig sei wie die eines Prozessbevollmächtigten, weniger erhalte als dieser.

298) Vgl. dazu aber: Baumbach/Schwab: Lasse sich eine übliche Vergütung nicht feststellen, was meist der Fall sei, - S. 94 - so sei mangels vertraglicher Abmachung über die Höhe der Vergütung sinngemäss auf die Grundsätze des § 25 GKG zurückzugreifen, wonach eine dreifache Gebühr, nämlich eine Prozessgebühr, eine Beweisgebühr und eine Urteilsgebühr erhoben werden könne; freilich müsse die Gebühr dann nach den Ansätzen des RaGebO berechnet werden - S. 95.

299) Vgl. Breetzke NJW 68 S. 1115.

300) Vgl. Breetzke NJW 68 S. 1115; Baumbach/Schwab S. 95.

zwischen deutschem Anwaltsverein und deutschem Richterbund zu-
grundeliegen mögen, hingewiesen: Die Honorare der Richterkollegen
seien aufeinander abzustimmen. Die Gleichheit der Aufgabe müsse
auch die Gleichheit der Vergütung mit sich bringen. So gebühre
dem Obmann, der mehr Mühe und Arbeit aufzuwenden habe als die
Beisitzer, ein höheres Entgelt als diesen. Die Honorare der Bei-
sitzer jedoch sollten gleich hoch sein 301).

IV. Die Bemessung des Schiedsrichterhonorars durch richter- liches Ermessen auf Grund des Angemessenheitsprinzips

Ist die Vergütung durch Vereinbarung oder Uebung nur "de
principio" festgesetzt und besteht für ihr Mass weder eine
Parteiabrede noch eine Uebung, so ist dem Gegenseitigkeits-
charakter des entgeltlichen Auftrags folgend das angemessene
Honorar geschuldet. Als angemessen erscheint das der richtigen,
d.h. weisungsgemässen, sorgfältigen und getreuen Ausführung
adäquate Honorar zu verstehen 302). Auf die Frage nach der
Entschädigung der Schiedsrichter übertragen bedeutet das vor
allem, dass für Nichtjuristen als Mitglieder eines Schiedsge-
richtes, für die kein Ueblichkeitsmassstab mit Bezug auf ihre
Honorierung besteht 303), eine angemessene Entschädigung zu er-
mitteln ist. Jedoch ist erneut darauf hinzuweisen, dass auch das
im Kanton Zürich durch Uebung bestimmte Mass der Vergütung von
Juristen als Mitglieder von Schiedsgerichten der richterlichen
Ueberprüfung auf seine tatsächliche Angemessenheit unterliegen
kann, da der Richter an die tatsächliche Vermutung der Ange-
messenheit bei bestehender Uebung bezüglich des Honorierungs-
masses nicht gebunden ist.

Wie dargelegt, resultiert die Forderung auf ein angemessenes
Honorar aus dem Gegenseitigkeitscharakter des entgeltlichen
Auftrages 304). Die Gegenseitigkeit als Wesen des entgeltlichen

301) Vgl. Breetzke NJW 68 S. 1116.

302) Vgl. Gautschi N 75 a) und 82 f) zu Art. 394.

303) Siehe oben III., unten 2.

304) Vgl. Gautschi N 82 f) zu Art. 394; Oser/Schönenberger
N 19 zu Art. 394.

Auftrages bedeutet, dass eine annähernde Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung im Auftrag zu erzielen ist. Mithin ist eine Auftragsentschädigung dann als angemessen zu betrachten, wenn sie in einer vernünftigen Relation zur erbrachten Leistung des Beauftragten steht. Diese Generalklausel hat denn auch verschiedentlich in Entscheidungen des Bundesgerichtes ihren Ausdruck gefunden:

"Comme la rémunération du notaire ou de l'agent d'affaires, celle de l'avocat doit demeurer dans un rapport raisonnable avec la prestation fournie et la responsabilité encourue" 305).

Oder:

"Toutefois, la rétribution doit demeurer dans un rapport raisonnable avec l'importance de la prestation fournie par le mandataire et du service rendu au client" 306).

Die Konkretisierung dieses vernünftigen, in der annähernden geldwerten Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung sich niederschlagenden Verhältnisses zwischen den gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien des Auftrages, kommt in einem umfangreichen Katalog von Bemessungskriterien zum Ausdruck. Die auf den einzelnen Fall angepasste Kombination dieser Kriterien gibt dem Richter bei der Ermittlung des angemessenen Honorars eine gültige Entscheidungsgrundlage in die Hand. Im einzelnen stellt sich dieser Katalog von Bemessungskriterien wie folgt dar:

- Zeitaufwand sowie Umfang und Dauer der geleisteten Dienste,
- Streitwert,
- Interessenwert,
- wirtschaftliche Bedeutung der geleisteten Dienste,
- Art und Schwierigkeit des Auftrages,
- übernommene Verantwortung und
- besondere Sächkenntnisse und Fähigkeiten des Beauftragten.

305) Vgl. BGE 93 I 122 Erw. 5 a).

306) Vgl. BGE 92 I 252; auch: 101 II 111.

Dieser Katalog von Bemessungskriterien lässt sich in zwei Gruppen unterscheiden, in:

- Sachliche oder objektive Kriterien und in
- ideelle oder qualitative Kriterien.

Eine Kombination verschiedener Elemente beider Kriteriengruppen liegt auch dem Bemessungsgrundsatz des Zürcher Anwalts-tarifes zugrunde, wenn in seinem § 2 festgehalten ist, dass die Grundgebühr eines Anwaltes für die Führung eines Zivilprozesses in erster oder einziger Instanz im ordentlichen Verfahren unter Berücksichtigung der Verantwortung, der Schwierigkeit des Falles und des notwendigen Zeitaufwandes zu ermitteln sei. Zur Kombination dieser beiden Gruppen von Bemessungskriterien tritt bei der Beurteilung des angemessenen Schiedsrichterhonorars im Sinne der gewonnenen Analyse des regierungsrätlichen Entschädigungsmodelles für die gesetzlichen Schiedsrichter des Krankenversicherungsschiedsgerichtes 307) noch eine weitere Kriteriengruppe hinzu, die Kriterien der Person. Diese Zwischenschaltung personeller Kriterien wird bei der Beurteilung des Schiedsrichterhonorars namentlich deshalb notwendig, weil bezüglich des Masses des Schiedsrichterhonorars im Kanton Zürich nur mit Bezug auf die Personengruppe der Juristen als Mitglieder von Schiedsgerichten eine Uebung nachweisbar ist. Nähere Untersuchungen werden zudem klarlegen, dass selbst innerhalb der Personengruppe der Juristen als Mitglieder von Schiedsgerichten spezifische Gesichtspunkte z. B. die Tätigkeit als Honorarbemessungen führen können. Als wichtige Elemente der Kriterien der Person werden sich namentlich

- die Generalkosten des Beauftragten und
 - die berufliche Tätigkeit und Stellung des beauftragten Schiedsrichters
- erweisen.

307) Vgl. BGE 101 II 111; 93 I 122 Erw. 5 a); 92 I 252.

Erst die Kombination der verschiedenen Elemente aller drei Kriteriengruppen wird es ermöglichen, zumindest in der Theorie ein umfassendes Entschädigungsmodell für die schiedsrichterliche Tätigkeit zu entwickeln, das den verschiedensten Aspekten des Angemessenheitsgrundsatzes Rechnung zu tragen vermag.

1. Die objektiven Kriterien

Die Bemessung des Schiedsrichterhonorars nach objektiven Kriterien bedeutet - ähnlich wie bei der Entschädigung anderer auftragsmässig erbrachten Dienstleistungen -, vom Prinzip auszugehen, dass als Bemessungsmassstab der Umfang und die Dauer der erbrachten Dienstleistung im Vordergrund stehen. Diesem Prinzip folgend werden die einzelnen Honorare der verschiedenen Mitglieder eines Schiedsgerichtskollegiums auf Grund der tatsächlich erbrachten Dienstleistung und dem damit verbundenen Zeitaufwand aufeinander abzustimmen sein. In der Regel wird dieses Prinzip durch Kombination mit weiteren sachlichen und/oder ideellen Kriterien zum vollwertigen Angemessenheitsmassstab vervollständigt 308).

Das Prinzip der Entschädigung nach objektiven Kriterien umfasst im einzelnen folgende hauptsächliche Elemente:

- Zeitaufwand, Umfang und Dauer der Dienstleistung,
- Streitwert,
- Interessenwert und
- wirtschaftliche Bedeutung der erbrachten Dienstleistung.

Als objektive Kriterien müssen darüber hinaus all jene Bemessungselemente gelten, die eine objektiv bestimmbare Grösse darstellen. Unter diesem Gesichtspunkt können Interessen- oder Objektwert sowie wirtschaftliche Bedeutung der erbrachten Dienstleistung nur insoweit als objektive Kriterien gelten, als sie - wie der Streitwert - eine geldwerte Grösse repräsentieren und als solche mehr oder weniger genau bestimmbar

308) Siehe unten 2. und 3.

sind. Diese Begriffsumschreibung deutet bereits die Schwierigkeit der Fixierung eines gültigen Interessenwertes oder des Wertes der wirtschaftlichen Bedeutung an, weshalb diese Elemente des Katalogs der objektiven Kriterien für die Bemessung des Schiedsrichterhonorars nur ausnahmsweise heranzuziehen sein werden, da sie kaum Anhaltspunkte für eine geldwerte Grösse als Grundlage der Honorarberechnung liefern dürften.

Bevor als wesentlichstes Element der objektiven Kriterien zur Bemessung des Schiedsrichterhonorars der Zeitaufwand, der Umfang und die Dauer der erbrachten Dienstleistung näher zu beleuchten sind, ist die Frage nach der Grundgrösse zu stellen, welche den Massstab für die geldwerte Höhe des Honorars pro Zeiteinheit liefert. Dabei steht der Streitwert im Vordergrund. Er ist bei Schiedsgerichten mit Sitz im Kanton Zürich nach Massgabe der §§ 18 - 24 Zürcher ZPO zu ermitteln. Die Bedeutung des Streitwertes hat Baumbach/Schwab mit Bezug auf die Honorierung von Schiedsrichtern als hauptsächlichstes Bemessungselement wie folgt umschrieben: "Ueberhaupt wird der Streitwert in erster Linie für die Höhe massgebend sein müssen" 309). Als Grundgrösse bildet der Wert des Streitgegenstandes den Ausgangspunkt sowohl für die Festlegung von Grundgebühren wie auch für Gebühren pro Zeiteinheit für Stundenansätze. Als Ausgangspunkt für eine Grundgebühr wird der Streitwert gemäss § 2 des kantonal Zürcher Anwaltstarifes herangezogen. Als Ausgangspunkt für entsprechende Stundenansätze findet der Streitwert beispielsweise in der Gebührenordnung des Vereins der Zürcherischen Rechtsanwälte Anwendung 310). Die Grundgebühren auf Grund des ermittelten Streitwertes gemäss kantonalem Anwaltstarif von Zürich werden neben der Ermittlung des üblichen Schiedsrichterhonorars für Juristen 311) auch - wie unten näher auszuführen sein wird 312) - für die Bestimmung des angemessenen

309) Vgl. Baumbach/Schwab S. 94.

310) Vgl. die Gebührenordnung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte vom 20. November 1973.

311) Siehe oben III.

312) Siehe unten IV. 2.

Schiedsrichterhonorars heranzuziehen sein. Dabei ist die Ermittlung des im konkreten Einzelfall anwendbaren Gebührensatzes auf Grund kumulativer Kombination mit weiteren objektiven und/oder ideellen Kriterien innerhalb den in der VO über die Anwalts-tarife festgelegten Mindest- und Höchstansätzen zu interpolieren, wie der Anwaltstarif selbst es vorsieht.

Der Zeitaufwand, der Umfang und die Dauer der erbrachten Dienstleistung fallen bei der Ermittlung des Schiedsrichter-honorars in unterschiedlicher Erscheinungsform in Betracht: Bei Festlegung der Grundgebühr anhand eines bestimmaren Streitwertes gibt der Zeitaufwand in Kombination mit Kriterien der Person und der Qualität dem Richter den Massstab in die Hand, um das zwischen Mindest- und Höchstansatz der Grundgebühr angemessene Honorarmass festzusetzen. Weit wichtiger als bei der Fixierung des im konkreten Einzelfall gültigen Grundansatzes ist der Zeitaufwand als Massstab bei der Beantwortung der Frage, ob und in welchem Rahmen die Honorare der einzelnen Mitglieder eines Schiedsgerichtskollegiums aufeinander abzustimmen seien. Bei der Entscheidung dieser Frage wird das Honorar des Obmannes eines Kollegialschiedsgerichtes oder eines Einzelschiedsrichters auf Grund der mit der Prozessleitung und der Uebernahme administrativer Verpflichtungen verbundenen Mehrbelastung höher anzusetzen sein als dasjenige eines Beisitzers. Sodann wird die Mehrarbeit jenes Mitgliedes eines Kollegialschiedsgerichtes bei der Entschädigung besonders zu berücksichtigen sein, das sich als Referent besonders intensiv mit der Prozessmaterie zu beschäftigen hatte, das in Anwendung von § 144 Zürcher ZPO als Abordnung des Schiedsgerichtes einzelne Prozessabschnitte, wie namentlich das Beweisverfahren, alleine durchgeführt hat usw. Die gleiche angemessene Berücksichtigung bei der Honorierung verdient schliesslich die Mehrbelastung eines Mitglieds des Schiedsgerichtes durch Uebertragung der Redaktion des Schiedsurteils, mit der möglicherweise sogar der Schiedsgerichtssekretär betraut wird. Ebenfalls zu berücksichtigen wird der Zeitaufwand dann sein, wenn ein Mitglied des Schiedsgerichtes

als Experte Sachverständigenarbeit zu leisten hatte und dafür Mehrarbeit nachweisen kann 313).

Vollends ins Zentrum der Bedeutung von Angemessenheitskriterien rückt der Zeitaufwand, der Umfang und die Dauer der erbrachten Dienstleistung in jenen Fällen, in welchen ein Streitwert nicht ermittelt werden kann oder eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit Prozessgegenstand bildet, deren Streitwert gemäss § 23 Zürcher ZPO auch nicht geschätzt werden kann. In Fällen fehlenden Streitwertes und bei Unmöglichkeit, einen Interessen- bzw. Objektwert oder den Wert der wirtschaftlichen Bedeutung der erbrachten Dienstleistung in Form einer geldwerten Grösse feststellen zu können, ergeben sich bei der Ermittlung des üblichen Honorars von Juristen wie bei der Berechnung des angemessenen Honorars von Nichtjuristen gleichermassen Schwierigkeiten. Greift man in diesen Fällen bei Juristen als Mitgliedern von Schiedsgerichten auf die Honorarberechnung gemäss zürcherischem kantonalem Anwaltstarif zurück, so käme in Anwendung von § 4 Abs. 1 der obergerichtlichen Verordnung allenfalls eine Grundgebühr zwischen Fr. 800.-- und 8000.-- in Anschlag. Dabei wird leicht voraussehbar, dass eine solche Grundgebühr, gemessen an der Wichtigkeit des Falles und am allfälligen Zeitaufwand, zu einer erheblichen Differenz zur Entlohnung in Schiedsstreiten mit Streitwert führen könnte, obwohl in beiden Fällen möglicherweise ein gleiches oder ähnliches Mass an Mühe und Arbeit aufgewendet werden musste. Um die Adäquanz bei der Entschädigung schiedsrichterlicher Tätigkeit in Schiedsgerichtsstreitigkeiten mit oder ohne Streitwert zu wahren, erscheint bei Fehlen eines Streitwertes oder in nicht vermögensrechtlichen Schiedsgerichtsstreitigkeiten die Honorierung auf Grund ausgewiesener Arbeit in Zeiteinheit und in analoger Anwendung der Tarifsätze der Gebührenordnung des

313) Siehe unten 3.

Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte als angemessen 314). Dieser Analogieschluss findet seine Rechtfertigung namentlich im Umstand begründet, dass die Haupttätigkeit des Anwaltes - wie beim Richter - in der Prozessführung und in der Vorbereitung von Prozessen liegt. Wenn auch mit verschiedenen Rollen, haben doch beide der objektiven Wahrheitsfindung und mithin einem öffentlichen Interesse zu dienen, und wenn auch mit unterschiedlicher Zielsetzung, haben doch beide den Prozessstoff in gleicher Weise zu verarbeiten und zu studieren. Ist in nicht vermögensrechtlichen Schiedssachen und in Schiedsstreitigkeiten ohne Streitwert die analoge Heranziehung der Tarife gemäss Gebührenordnung des Vereins der Zürcherischen Rechtsanwälte für Schiedsrichter, die im zivilen Bereich Anwälte sind, völlig unproblematisch, so wird ihre Anwendung bei der Entschädigung von Nichtanwälten als Schiedsrichtern unter Berücksichtigung verschiedener Aspekte von personellen Kriterien allerdings zu relativieren sein 315). Neben der Verwendung des Tarifs des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte für Schiedssachen ohne Streitwert und nicht vermögensrechtlicher Natur ist die analoge Anwendung darüberhinaus für folgende Fälle denkbar: Die Leistung schiedsrichterlicher Dienste ist untrennbar mit der Person des bestellten Schiedsrichters verknüpft, weshalb eine Stellvertretung im Sinne des gewöhnlichen Auftragsrechtes nicht in Frage kommt. Hingegen erscheint die Ersetzung des vom Schiedsgericht bestellten und beigezogenen Schiedsgerichtssekretärs bei Verhinderung durch Abwesenheit, Krankheit und dergleichen durch einen anderen Sekretär als durchaus möglich. Es ist dabei an die Mitarbeit eines einspringenden Sekretärs bei einzelnen Prozessabschnitten, wie beispielsweise bei einzelnen

314) Vgl. die Gebührenordnung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte § 4 in Verbindung mit § 5, insbesondere § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 lit. c); vgl. aber auch § 9 der kantonalen Verordnung über die Anwaltstarife, wonach für besondere Bemühungen wie namentlich Instruktionen aller Art "zusätzlich" zur Grundgebühr eine Entschädigung in Stundenhonorar von Fr. 80.-- bis Fr. 150.-- verlangt werden kann. Die Anwendung dieses Ansatzes für entsprechende Obliegenheiten von Schiedsrichtern bzw. Schiedsgerichtssekretären fällt bei fehlendem Streitwert in Betracht.

315) Siehe unten 2.

Beweisabnahmen etc., zu denken, doch ist auch vorstellbar, dass eigens für die Urteilsredaktion ein Schiedsgerichtssekretär beigezogen wird. Für solches ersatzweises, auf einzelne Prozessabschnitte beschränktes Tätigwerden eines Schiedsgerichtssekretärs erscheint die übliche Entschädigung gemäss der kantonalen Anwaltsgebührenverordnung - als Schiedsgerichtssekretär wird in der Regel ein vor allem mit dem Zivilprozessrecht vertrauter Jurist beigezogen werden - nicht als gegeben, weil die Ansetzung einer Grundgebühr in aller Regel von der Voraussetzung ausgeht, dass damit ein für die ganze Dauer des Schiedsprozesses bestellter Schiedsrichter oder Schiedsgerichtssekretär zu honorieren sei. Vielmehr ist auf Grund des ausgewiesenen Zeitaufwandes und des gegebenen Streitwertes die Entlöhnung in Form eines Stundenhonorars vorzunehmen. Bei der Bezifferung dieses Stundenhonorars nun erscheint die analoge Heranziehung der Tarifsätze der Gebührenordnung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte als angemessen und wegleitend.

Daneben ist jedoch auch die Anwendung eines anderen Stundenansatzes auf Grund etwa eines Tarifes anderer Berufsverbände denkbar. Er kann namentlich dort in Betracht kommen, wo Berufssachverständige, Experten mit spezifischer Fachkenntnis, ein Schiedsgericht bilden, das sich mit speziellen Streitigkeiten aus der betreffenden Berufsgruppe zu beschäftigen hat 316). Bei der Anwendung solcher Tarife, die weder dem kantonalen Anwaltsgebührentarif noch der Gebührenordnung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte entnommen sind, darf jedoch nie ausser Acht gelassen werden, dass die Entschädigung auch solcher Schiedsrichter der schiedsrichterlichen und mit hin der richterlichen Aufgabe entsprechen und eine billige Adäquanz zur Honorierung schiedsrichterlicher Tätigkeit als richterlicher Funktion auf Grund kantonalen oder privater Anwaltstarife gewahrt bleibt.

316) Zit. Anm. 315.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei Streitigkeiten um das Schiedsrichterhonorar dem Zeitaufwand, dem Umfang und der Dauer der schiedsrichterlichen Dienstleistung als wesentlichste objektive Kriterien neben dem Streitwert hauptsächliche Bedeutung zukommt. Dem mit dem Honorarstreit befassten Richter wird daher regelmässig bekanntzugeben sein, wie sich dieser Zeitaufwand berechnet und wie hoch er zu veranschlagen ist, da er sowohl bei der Ausmittlung der im konkreten Einzelfalle anzusetzenden Grundgebühr, bei Vorliegen eines Streitwertes, wie auch bei der Festsetzung des Schiedsrichterhonorars anhand von Stundenansätzen, die Voraussetzung für die Ermittlung sowohl des üblichen wie des angemessenen Honorars bildet.

2. Die Kriterien der Person

Der Beleuchtung personeller Kriterien als weiterer Momente für die Ermittlung des angemessenen Schiedsrichterhonorars ist folgender Grundsatz voranzustellen: Die Gleichheit der Aufgabe und der Arbeit soll sich in der Gleichheit der Entschädigung niederschlagen. Dementsprechend ist bei angemessener Berücksichtigung im einzelnen noch darzulegender personeller Kriterien die grundsätzliche Adäquanz in der Honorierung der Schiedsrichter, die der gleichmässigen Aufgabe entsprechende gleichmässige Entlohnung also, zu betonen.

Die Kriterien der Person, die im Verhältnis zu den objektiven Kriterien als sekundäre Bemessungsfaktoren anzusprechen sind, konkretisieren sich namentlich in zwei Bemessungselementen:

- Den Generalunkosten und
- der beruflichen Tätigkeit und Stellung des Beauftragten.

Die angemessene Berücksichtigung der Generalunkosten des Beauftragten und mithin auch des Schiedsrichters fällt bei der Festsetzung des Entgeltes für freiberuflich tätige Beauftragte in Betracht, die ein Büro betreiben, eine Praxis zu

unterhalten haben 317). Bei der Entschädigung schiedsrichterlicher Tätigkeit kommt dieser Aspekt namentlich für Rechtsanwälte als Mitglieder von Schiedsgerichten zur Geltung. Doch wird er auch bei freiberuflich tätigen Sachverständigen als Schiedsrichtern gebührende Berücksichtigung erfahren müssen.

Die berufliche Tätigkeit und Stellung der Mitglieder von Schiedsrichtern sodann muss die Bemessung ihrer Entschädigung unter dem Aspekt beeinflussen, dass bei freiberuflich Tätigen als Schiedsrichtern mögliche Verdienstauffälle durch Krankheit, Militärdienst, Ferien und Altersfürsorge etc. weitere sekundäre Bemessungsmomente darstellen.

Die Konkretisierung von Kriterien der Person durch die dargelegten Bemessungselemente muss zwangsläufig zur angemessenen Relativierung des vorangestellten Grundsatzes führen, dass die Gleichheit der Arbeit die Gleichheit der Honorierung nach sich ziehen müsse. Gestützt auf diese und weitere personelle Kriterien einen angemessenen Ausgleich zwischen den Entschädigungen der verschiedenen Mitglieder von Schiedsgerichten zu suchen und zu realisieren, muss denn auch als billig erscheinen.

A) Juristen als Mitglieder von Schiedsgerichten

Nach der im Kanton Zürich bestehenden Uebung sind Juristen als Mitglieder von Schiedsgerichten auf Grund der obergerichtlichen Verordnung über die Anwaltsgebühren zu entschädigen 318), bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten oder Schiedsstreitigkeiten ohne Streitwert fällt die Entschädigung anhand analoger Anwendung der Gebührenordnung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte in Betracht 319).

Es muss sich nun aber die Frage stellen, ob alle Juristen, die ein Schiedsrichteramt bekleiden, bei der Frage der Entschädigung als einheitliche Berufsgruppe zu behandeln seien,

317) Vgl. Gautschi N 76 g) zu Art 394; BGE 93 I 122 Erw. 5; 101 II 113.

318) Siehe oben III.

319) Siehe oben I.

ob Rechtsanwälte, Richter, übrige Gerichtsbeamte, Verwaltungsjuristen oder Rechtslehrer nach den gleichen Grundsätzen zu honorieren seien. Ein erster Hinweis darauf, dass bei Entschädigung von Juristen als Schiedsrichtern ein differenzierender Massstab anzuwenden sei, liegt im regierungsrätlichen Entschädigungsmodell für die Mitglieder des gesetzlichen Schiedsgerichts für Krankenversicherungsstreitigkeiten, wonach Richter oder Gerichtsbeamte im Vollamt als Mitglieder dieses Schiedsgerichts gegenüber ihren Mitschiedsrichtern eine Herabsetzung ihres Honorars um 25% hinzunehmen haben 320).

Für den Bereich der privaten Schiedsgerichtsbarkeit hat sich der Zürcher Kantonsrat im Frühjahr 1979 eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit die Uebernahme von privater Schiedsrichtertätigkeit durch kantonale Zürcher Beamte im Vollamt, namentlich durch Oberrichter, Bezirksrichter und übrige Gerichtsbeamte, einer genauen parlamentarischen Kontrolle und einem gesetzlich normierten Bewilligungsverfahren unterworfen sein soll, und ob eine teilweise Ablieferung der Schiedsrichterhonorare von Staatsbeamten an die Staatskasse in Betracht falle. Der Ausgangspunkt dieser Untersuchungen lag allerdings weder im Bestreben, sich speziell der Problematik der Schiedsrichtertätigkeit durch Juristen im Staatsdienst zu widmen oder einen Beitrag zur Lösung der Probleme im Zusammenhang mit der Honorierung von Schiedsrichtern zu leisten, sondern lag in einer umfassenden parlamentarischen Diskussion über das Problem der Prozessverschleppung durch staatliche Zürchergerichte. In diesem Zusammenhang sei denn vorweg auch darauf hingewiesen, dass sowohl aus dem Bericht der erweiterten Justizverwaltungs-kommission 321) wie aus der Stellungnahme des Obergerichtes

320) Siehe oben § 2 III. 2.

321) Vgl. Berichte 2302 und 2302 b der erweiterten Justizverwaltungs-kommission vom 8. und 28. Februar 1979, Berichte an den Kantonsrat betreffend Untersuchung über Prozessverschleppungen und Antrag auf gesetzliche Massnahmen; dazu auch: Prot. KR S. 12'629 ff., 260. Sitzung des Kantonsrates vom 19. März 1979.

dazu 322) entnommen werden kann, die durch die Presse bekannt gewordenen Prozessverschleppungen seien nicht auf die nebenamtlich ausgeführte Schiedsrichtertätigkeit eines Teils der Zürcher Richterschaft zurückzuführen. So hält die erweiterte Justizverwaltungscommission fest: "Für Zürich besteht das grosse Interesse, seinen ausgezeichneten Ruf als einer der vier anerkannten europäischen Schiedsgerichtsplätze beizubehalten. Im übrigen besteht kein Zusammenhang zwischen dieser Nebenbeschäftigung und den Prozessverzögerungen, da nachweisbar vorwiegend speditive Richter als Schiedsrichter herangezogen werden" 323). Und das Obergericht fügt in seiner Stellungnahme hinzu: "Diese Nebenbeschäftigungen (Schiedsrichter- und Gutachtertätigkeit) erwiesen sich nicht als übermässig und auffällig. In der Tat sind denn auch keine Fälle bekannt geworden, in welchen durch solche Tätigkeiten die Erfüllung des oberrichterlichen Pensums lit. ... Ein Bedürfnis nach einschränkenden Bestimmungen besteht nicht" 324). Und: "Es ist kein Grund dafür zu ersehen, die Schiedsrichter- und Gutachtertätigkeit von Richtern einer speziellen Regelung zu unterwerfen und nicht gleich zu behandeln wie irgend eine anders geartete Nebenbeschäftigung. In dieser Hinsicht gilt für alle Personal-kategorien, auch die der Rechtspflege, soweit sie der Beamtenverordnung unterstehen, deren § 15".

Daneben wurde im Bericht der erweiterten Justizverwaltungs-kommission jedoch die für die vorliegende Arbeit interessante Frage aufgeworfen, ob in Berücksichtigung des Salärs der Richter sich nicht die Frage stelle, ob nicht eine teilweise Ab-führung der Entschädigung aus nebenamtlichen Tätigkeiten an

322) Vgl. Bericht 2302 a Stellungnahme des Obergerichtes vom 21. Februar 1979, Stellungnahme zum Bericht der er-weiterten Justizverwaltungscommission vom 8. Februar 1979 an den Kantonsrat betreffend ihre Untersuchungen über Prozessverschleppungen und ihre Anträge auf gesetzliche Massnahmen.

323) Vgl. Bericht der erweiterten Justizverwaltungscommission 2302 S. 7.

324) Vgl. Bericht 2302 a Stellungnahme des Obergerichts S. 10.

die Staatskasse gerechtfertigt wäre 325). Aus Formulierung und Text des Berichtes ist der einzige Beweggrund für den Vorschlag der erweiterten Justizverwaltungscommission im ordentlich bezogenen Gehalt des Richters oder Gerichtsbeamten zu erblicken. Eine weitergehende Begründung fehlt jedoch. Die Stellungnahme des Obergerichts lehnt diese Forderung denn auch ab, ohne sich mit der angeschnittenen Problematik näher auseinanderzusetzen: "Was die Einkünfte aus Schiedsrichter- oder Gutachtertätigkeit betrifft, sieht das Obergericht weder Grund noch rechtliche Grundlage, sie ganz oder zum Teil der Abführung an die Staatskasse zu unterwerfen" 326). Neben der im Bericht der erweiterten Justizverwaltungscommission angeregten teilweisen Abführung von Schiedsrichterhonoraren an die Staatskasse erfolgte im nämlichen Zusammenhang um die Diskussion von Prozessverschleppungen aus den Reihen des Kantonsrates folgende Motion: "Der Regierungsrat wird eingeladen, dem Kantonsrat eine Aenderung von Art. 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 zu unterbreiten,

- a) die Meldepflicht über die Nebenbeschäftigungen und die Uebernahme von Gutachter- bzw. Schiedsrichtertätigkeit von Mitgliedern der Bezirksgerichte und des Obergerichtes regeln und
- b) die Abführung von Einnahmen aus nebenamtlichen Tätigkeiten an die Staatskasse beinhalten" 327).

Während lit. a) der Motion durch die obergerichtliche Versicherung der Kontrolle und der detaillierten Berichterstattung über nebenamtliche Tätigkeit von Oberrichtern an die Justizverwaltungscommission weitgehend als hinfällig zu be-

325) Vgl. Bericht 2302 der erweiterten Justizverwaltungscommission S. 7.

326) Vgl. Bericht 2302 a Stellungnahme des Obergerichts S. 10.

327) Vgl. Motion Martin della Putta vom 5. März 1979 betreffend die Nebenbeschäftigungen von Bezirks- und Oberrichtern (1672), Prot. KR S. 12'580 ff., 261. Sitzung des Kantonsrates vom 19. März 1979.

trachten ist 328), begründet der Motionär lit. b) seines Vorstosses wie folgt: "Wenn von Seiten des Obergerichts indirekt zugegeben wird, es werde möglicherweise ein Teil dieser Arbeit während der ordentlichen Arbeitszeit erledigt, ist es doch von meinem Standpunkt aus gesehen nur recht und billig, auch Pflicht, einen Teil der eingenommenen und, wie man hört, zum Teil auch beträchtlichen Honorare und Entschädigungen an den Arbeitgeber, also an die Staatskasse, abzuführen. Ich meine hier nicht nur in Form von Steuern, sondern als Entgelt für die aufgewandte bzw. ausgefallene Arbeitszeit und die Benützung der ganzen Infrastruktur". Und weiter: "Wenn das Obergericht im Bericht 2302 auf die fehlende Rechtsgrundlage hinweist und sich darauf beruft, so ist das richtig. Weil aber diese Rechtsgrundlage fehlt und die Nebenbeschäftigungen und die finanzielle Seite endlich geregelt werden müssen, habe ich diese Motion eingereicht" 329). Der anlässlich der Begründung dieser Motion anwesende Vertreter des Regierungsrates und Justizdirektor wies zunächst darauf hin, dass es sich bei der aufgeworfenen Frage nicht um eine Aenderung oder Ergänzung des GVG handle. Hingegen erklärte er sich bereit, die Motion als Postulat zuhanden der Revision des Beamtengesetzes entgegenzunehmen, womit der Motionär einverstanden war 330). Der Entwurf des neuen Beamtengesetzes vom

328) Vgl. Bericht 2302 a Stellungnahme des Obergerichts S. 10/11: Es (das Obergericht) werde ferner Bestimmungen über die Nebenbeschäftigungen von Obergerichtspräsidenten erlassen, wobei die Aufsicht des Obergerichtspräsidenten ein Hauptpunkt sein werde. Diese Meldepflicht diene der Aufsicht des Obergerichtspräsidenten über die Pflichterfüllung der Mitglieder des Gerichtes im Sinne von § 121 GVG und könne zu aufsichtsrechtlichem Einschreiten führen.

329) Vgl. Prot. KR S. 12'681/2.

330) Vgl. Prot. KR S. 12'682.

April 1979 enthält in seinen Bestimmungen jedoch noch keine diesbezügliche Erweiterung gegenüber dem alten Beamtengesetz 331).

Der Bericht der erweiterten Justizverwaltungskommission und die zitierte Motion berühren ein Problem, welches auch von der Rechtsprechung des Bundesgerichtes erkannt und mit Bezug auf die Frage der Honorierung von Gutachtertätigkeit eines Professors dahin beantwortet wurde, dieser dürfe sich bei seiner Rechnungsstellung nicht wie ein Anwalt auf den Zürcher Anwalts-tarif stützen 332). Die Darlegungen des Bundesgerichtes wie der Vorstoss der erweiterten Justizverwaltungskommission und die erwähnte Motion haben wohl das gleiche Problem zum Ausgangspunkt, dass nämlich ein Jurist in ordentlichen Staatsdiensten bei nebenamtlicher Tätigkeit keinen eigenen Bürobetrieb unterhalten und mit dem Honorar nicht zum Teil auch Verdienstausschlässe, wie etwa durch Krankheit, Militärdienst oder zahlungsunfähige Kunden abdecken muss, doch sind die Schlussfolgerungen verschieden. Während das Bundesgericht diese Verumständlungen zum Anlass nimmt, die Honorierung nebenamtlicher Gutachtertätigkeit eines in Staatsdiensten stehenden Juristen nicht dem gleichen Bemessungsprinzip zu unterstellen wie diejenige eines Rechtsanwaltes, fordern die Justizverwaltungskommission und die Motion die teilweise Abführung des irgendwie errechneten Honorars aus nebenamtlicher Tätigkeit an die Staatskasse. Der Begründung, diese Abführung habe für die Benützung der staatlichen Infrastruktur, Büro, Sekretariat, Bibliothek, und allenfalls für den teilweisen Ausfall der dem Staat zustehenden Arbeits-

331) Vgl. Gesetz über das Dienstverhältnis der Beamten der Verwaltung und der Rechtspflege (Beamtengesetz), 3. Entwurf vom 18. April 1979, § 24 Abs. 1: "Dem vollbeschäftigten Beamten ist die Ausübung einer bezahlten oder zeitraubenden Nebenbeschäftigung und die Uebernahme von Gutachten untersagt". Dieser Wortlaut ist praktisch identisch mit dem Text des § 15 der derzeit geltenden Verordnung über das Dienstverhältnis von Beamten der Verwaltung und der Rechtspflege; zur Frage der Genehmigungspflicht für die Uebernahme von Schiedsrichtern durch Richter in Deutschland vgl. DRiG § 40; auch Breetzke NJW 68 S. 1113/1114.

332) Vgl. BGE 101 II 109 ff.

leistung zu erfolgen, kann zunächst entgegengehalten werden, dass - wie die erweiterte Justizverwaltungscommission anerkennt - durch Schiedsprozesse die Fälle eine beschleunigte Erledigung erfahren und die ordentliche Gerichtsbarkeit teilweise entlastet wird 333). Dabei ist jedoch wiederum darauf hinzuweisen, dass diese Entlastung der ordentlichen Gerichtsbarkeit in den Fällen internationaler Handelsschiedssachen, welche den Hauptteil an schwierigen und langwierigen Verfahren ausmachen werden, gering sein dürfte, da diese Streitigkeiten ordentlicherweise zumeist nicht in die Zuständigkeit der Zürcher Gerichte fallen würden. Die Hauptschwierigkeit für die Einführung einer gesetzlich normierten Abführungspflicht von Teilen des Schiedsrichter- oder Gutachterhonorars würde aber wohl in der Festsetzung und Ermittlung dieses Teils liegen. Ein Pauschalbetrag in Prozenten des Honorars - und nur ein solcher wäre sinnvoll und aus administrativen Gründen vertretbar - könnte sich allzuleicht als unangemessen erweisen, da er die Annahme zur Grundlage haben müsste, jeder Jurist im Staatsdienst, der als Schiedsrichter oder Gutachter amtiert, benütze die Infrastruktur des staatlichen Arbeitgebers in gleichem Masse, entziehe dem staatlichen Arbeitgeber seine Arbeitsleistung in gleichem Umfange. Diese Annahme verbietet sich jedoch von selbst, muss es dem Betroffenen doch immer offen stehen, den Nachweis dafür zu erbringen, seine Nebenbeschäftigung ausschliesslich in seiner Freizeit und ohne Benützung der staatlichen Infrastruktur erbracht zu haben. Schliesslich wird jedoch das liberale Prinzip im Vordergrund stehen und die Einführung einer normierten Pflicht zur teilweisen Abführung von Schiedsrichterhonoraren an die Staatskasse verbieten: Bewegt sich die nebenamtliche Schiedsrichtertätigkeit eines vollamtlichen Beamten in den Schranken des § 15 des Beamtengesetzes, beeinträchtigt sie also namentlich die Erfüllung seiner beruflichen Verpflichtungen nicht, so gibt es keinen Grund, einen Teil des für die nebenamtliche Schiedsrichtertätigkeit erhaltenen Honorars an die Staatskasse abführen zu müssen.

333) Vgl. Bericht 2302 der erweiterten Justizverwaltungscommission S. 7.

Niemand käme wohl auf die Idee, von einem Staatsbeamten die teilweise Abführung seiner Einnahmen, etwa aus der Verfassung eines wissenschaftlichen Buches oder aus irgend einer anders gearteten Tätigkeit, die in der Freizeit ausgeübt wird, an den Staat zu verlangen. Weshalb das aber gerade im Hinblick auf die Schiedsrichter- und Gutachtertätigkeit gefordert werden soll, entbehrt einer sachlich überzeugenden Begründung. Die Einführung einer entsprechenden Verpflichtung ist in Uebereinstimmung mit der Stellungnahme des Obergerichtes Zürich denn auch abzulehnen.

Der vom Bundesgericht beleuchtete Aspekt des Problems, ein vollamtlicher Staatsbeamter könne für ein Gutachten nicht das Honorar fordern, wie es vergleichsweise einem Anwalt zustünde, verdient im Zusammenhang mit der Behandlung personeller Kriterien als Bemessungselementen für die Ermittlung des angemessenen Schiedsrichterhonorars grössere Aufmerksamkeit.

So wird in BGE 101 II Erw. 3 b S. 113 ff. festgehalten: Die Tätigkeit eines Rechtsanwaltes bedinge einen Bürobetrieb, der mit erheblichen Unkosten verbunden sei. Dazu komme, dass der Anwalt mit Ausfällen wegen Krankheit, Militärdienst, Fortbildung oder Zahlungsunfähigkeit von Kunden rechnen müsse und selbst für das Alter vorzusorgen habe. Zu bedenken sei ferner, dass er sich nicht nur mit lukrativen, sondern auch mit finanziell unbedeutenden Prozessen zu befassen habe, für die er wegen der geringen Streitwerte kein seinen Kosten entsprechendes Entgelt als Gegenleistung verlangen könne. Bei einem Hochschullehrer - vergleichbar einem Juristen in anderen Staatsdiensten - verhalte es sich durchwegs anders. Gleichviel, ob er nebenbei als Gutachter tätig sei oder nicht, beziehe er als Amtsperson ein festes Gehalt, das ihm auch während der Ferien, bei Krankheit oder Unfall und Militärdienst sowie in Zeiten, in denen er als Gutachter tätig sei, ausgerichtet werde. Der Staat versichere ihm zudem gegen die Folgen von Invalidität, Alter und Tod, wofür er freilich Beiträge zu bezahlen habe 334).

334) Vgl. BGE 101 II Erw. 3 b) S. 113/114 mit Zitaten.

Die Ergebnisse und Ueberlegungen können bei der Erarbeitung eines Entschädigungsmodells für Schiedsrichtertätigkeit herangezogen werden. So darf es als angemessen gelten, die Honorierung eines Juristen als Schiedsrichter, der Beamter im Staatsdienst ist, in billige Relation zum Schiedsrichterhonorar eines Rechtsanwaltes zu setzen, und damit den Mehraufwand für die Generalunkosten sowie die in seiner beruflichen Stellung begründeten Mehrkosten für die Abdeckung von Ausfällen durch Krankheit, Militärdienst, Ferien und für die Altersfürsorge etc. auszugleichen. Hingegen ist der bundesgerichtliche Entscheid bezüglich seiner Schlussfolgerung zu kritisieren und kann für die Frage der Schiedsrichterentschädigung nicht unesehen übernommen werden. Die Ueberlegung des Bundesgerichtes nämlich, ein Hochschullehrer im Vollamt könne für die Berechnung seines Gutachterhonorars den geltenden Anwaltstarif auch nicht analog heranziehen, ruft der Konsequenz, dass eine gleiche Tätigkeit, nämlich die Leistung eines Gutachtens, nach völlig unterschiedlichen Kriterien zu honorieren ist, je nachdem, ob es von einem Rechtsanwalt oder einem Juristen im Staatsdienst geleistet werde. Das erscheint nicht als billig und kann für die Frage der Honorierung schiedsrichterlicher Tätigkeit nicht gelten. Der Grundsatz, dass die Gleichheit der Aufgabe und Arbeit die Gleichheit der Entschädigung nach sich ziehen müsse, fordert die Anwendung der gleichen primären Bemessungskriterien bei Anwalt und Jurist im Staatsdienst. Jedoch kann eine angemessene Relativierung des Grundsatzes dadurch erfolgen, dass der mit der Honorarfestsetzung betraute Richter auf Seite des Schiedsrichters, der Jurist im Staatsdienst ist, einen billigen, den konkreten Verhältnissen angemessenen Abzug vom Honorar macht 334 a). In welcher Grössenordnung sich dieser Abzug bewegen mag, kann nicht pauschal festgelegt werden. Geht man davon aus, dass die allgemeinen Unkosten eines Rechtsanwaltes etwa einen Viertel bis einen Drittel seiner Honorareinnahmen verschlingen, so kann ein Abzug von ca. 25 %, wie er auch im Entschädigungsmodell des

334 a) Vgl. dazu auch Rüede/Hadenfeldt S. 161 d) und daselbst Anm. 157.

Regierungsrates für die Honorierung der gesetzlichen Schiedsrichter des Krankenversicherungsschiedsgerichtes vorgesehen ist, als Grössenordnung erscheinen, an welche sich auch der Richter bei der Festsetzung des Schiedsrichterrhonorars aus privater Schiedsrichtertätigkeit und unter Berücksichtigung der dargelegten personellen Kriterien orientieren kann.

Diese Ausführungen, welche die Entschädigung des Schiedsrichters im Auge hatten, sind ohne weiteres auf die Entschädigung von Schiedsgerichtssekretären übertragbar. Was für Anwälte und Juristen im Staatsdienst als Schiedsrichter gilt, muss für diesen Personenkreis auch gelten, wenn sie das Amt des Schiedsgerichtssekretärs bekleiden.

B) Nichtjuristen als Schiedsrichter

Die Frage, wie Nichtjuristen als Schiedsrichter zu entschädigen seien, ist ebenfalls unter dem Leitprinzip, welches der Betrachtung personeller Kriterien vorangestellt wurde, zu beantworten, die Gleichheit der Aufgabe und der Arbeit habe die Gleichheit der Entschädigung nach sich zu ziehen. Das muss aber bedeuten, dass - wenn der Schiedsrichter, wie festgestellt, anhand von Gebühren und Tarifsätzen entschädigt werden soll, die primär für die Honorierung von Rechtsanwälten aufgestellt wurden, 335) - diesem Prinzip entsprechend auch die Entschädigung von Nichtjuristen als Schiedsrichter grundsätzlich anhand der Tarifsätze für anwaltliche Tätigkeit zu erfolgen hat: Bei einem Rechtsanwalt als Schiedsrichter seien als Entschädigung die Gebühren eines Anwaltes angemessen; dies müsse auch für Schiedsrichter gelten, die nicht Rechtsanwälte seien, falls es sich um schwierigere Rechtsstreitigkeiten handle oder um Streitigkeiten von hohem Streitwert 336). Diese, gemäss Baumbach/Schwab auf Schiedsfälle mit schwierigen Rechtsfragen oder mit hohem Streitwert einzuschränkende, Anwendbarkeit von Anwaltsgebühren für die Bemessung der Entschädigung von Schieds-

335) Siehe oben III., IV. 1., unten 3.

336) Vgl. Baumbach/Schwab S. 94.

richtern, die nicht Rechtsanwälte sind, liefert als argumentum e contrario das Ergebnis, dass für Nichtanwälte als Schiedsrichter von Schiedsstreitigkeiten mit geringem Schwierigkeitsgrad der Rechtsfragen oder mit geringem Streitwert eine alternative Bemessungsbasis heranzuziehen ist. Für die Entschädigung von Nichtjuristen als Schiedsrichter, die in ihrer Eigenschaft als Experten Schiedsgerichtsfälle mit fachspezifischer Problematik bearbeiten, bieten sich Tarifikonzepte an, welche für entsprechende fachspezifische Tätigkeit als Experte von Fachverbänden, Berufsorganisationen oder von kantonalen Behörden aufgestellt werden.

Bei der Honorarbemessung für solche Expertenschiedsrichter auf Grund von Tarifikonzepten für die fachspezifische Tätigkeit wird der Richter jedoch stets in Berücksichtigung zu ziehen haben, dass die Schiedsrichtertätigkeit als eigentliche Richtertätigkeit ihrem qualitativen Gehalt entsprechend so entschädigt werde, dass über das Entgelt für reine Expertentätigkeit hinaus auch die richterliche Funktion des Fachschiedsrichters entlohnt werde und mithin im Grossen und Ganzen die Adäquanz in der Entschädigung von Expertenschiedsrichtern auf Grund von Expertentarifen zur Schiedsrichterentschädigung auf Grund von Anwaltstarifen gewahrt bleibe. Das muss vor allem dort gelten, wo gemischte Schiedsgerichte amten, wo reine Fachschiedsrichter als Experten neben Juristenschiedsrichtern in ein und demselben Schiedsrichterkollegium sitzen. Hier wird die Bemessung des Honorars anhand des Grundsatzes, dass die richterliche Aufgabe aller Schiedsrichter gleichmässig und auf Grund der nämlichen Bemessungsgrundlage zu erfolgen hat, den Vorrang geniessen. Eine angemessene Abstufung des Honorars auf Grund weiterer objektiver Kriterien oder Kriterien der Qualität bleibt stets vorbehalten.

3. Die Kriterien der Qualität

Schliesslich fallen als letzte Gruppe von Bemessungskriterien die Kriterien der Qualität in Betracht.

Zunächst werden nachstehende grundsätzliche Ueberlegungen im Zusammenhang mit der Betrachtung von Kriterien der Qualität die Richtigkeit der These unterstreichen, dass die Entschädigung von Schiedsrichtern auf Grund der Bemessungsgrundsätze für die Honorierung von Rechtsanwälten als angemessen erscheine. Die Tätigkeit eines Schiedsrichters als eigentlicher Richter ist im Rahmen des Rechtsschutzinteresses und der kontinuierlichen Fortentwicklung des Rechtes qualitativ und funktionell mit derjenigen eines Rechtsanwaltes vergleichbar. Die Anforderung, die bei der Verfolgung der hohen Rechtsgüter von optimalem Rechtsschutz und gebotener Rechtssicherheit vorausgesetzt wird, erfordert namentlich die Fähigkeit, Rechtsprobleme auf Grund gewonnener Sachkenntnis und gegebener Rechtskenntnis zu bewältigen, ist bei diesem wie jenem im gleichen Masse nötig. Sie bedingen eine gründliche Erarbeitung des Prozessstoffes und eine gedankliche Durchdringung der gegebenen Rechtsfragen auf Grund geltenden Rechts und herrschender Rechtsauffassung. Der Schiedsrichter wie der Anwalt dienen schliesslich in ähnlicher Weise dem öffentlichen Interesse an optimalem Rechtsschutz und wünschbarer Rechtssicherheit, wenn sie ihre Aufgaben gewissenhaft und richtig erfüllen. Es darf daher mit Baumbach/Schwab festgestellt werden: Vielfach würden für die Schiedsrichterentschädigung die Gebühren eines Rechtsanwaltes als angemessen angesehen. Dem werde man zustimmen müssen. Man könne unmöglich verlangen, dass der Schiedsrichter, dessen Tätigkeit nicht weniger wichtig und schwierig sei als diejenige eines Prozessbevollmächtigten, weniger erhalte als dieser 337). Die im Kanton Zürich für Juristen als Schiedsrichter übliche, für Nichtjuristen als Schiedsrichter unter bestimmten Erwägungen im Zusammenhang mit objektiven und personellen Kriterien angemessene Honorierung auf Grund von Anwaltstarifen, erweist sich auch unter dem Aspekt von Kriterien der Qualität als richtig und angemessen.

337) Zit. Anm. 336.

Auch die Entschädigung des Schiedsgerichtssekretärs, der in der Regel rechtskundig sein wird, und die gemäss Uebung im Kanton Zürich ebenfalls auf Grund der geltenden kantonalen Anwaltstarife zu erfolgen hat 338), rechtfertigt sich unter dem Aspekt qualitativer Kriterien. Die Funktion und Tätigkeit des Schiedsgerichtssekretärs, dem neben der Führung der Kanzlei-geschäfte im Kanton Zürich auch beratende Stimme bei der Ur-teilsfällung zukommt, der in der Regel für die formell und materiell richtige Prozessabwicklung mitverantwortlich sein wird, dem neben der Protokollführung in aller Regel auch die Redaktion von Verfügungen und Beschlüssen des Schiedsgerichts, möglicherweise sogar die Redaktion des Schiedsspruches über-tragen wird, ist mit der Funktion und Tätigkeit des Schieds-richters unter dem Aspekt von Kriterien der Qualität gleich-zusetzen. Es ist denn auch auf die Schiedsordnung der Zürcher Handelskammer hinzuweisen, die mit Bezug auf die Honorierung von Schiedsrichter und Schiedsgerichtssekretär auf die Anwen-dung des geltenden kantonalen Anwaltstarifes verweist 339).

Ueber diese grundsätzlichen Erwägungen hinaus konkretisieren sich die Kriterien der Qualität in folgenden Bemessungsele-menten:

- Uebernommene Verantwortung,
- Schwierigkeit des Falles und
- besondere Sachkenntnis des Schiedsrichters.

Diese Elemente ideeller oder qualitativer Kriterien entfalten ihre Wirkung in verschiedener Weise. Zunächst bilden sie mit Bezug auf die Bemessungskriterien der "übernommenen Ver-antwortung" und der "Schwierigkeit des Falles" Bestandteile der Entschädigungsgrundsätze gemäss kantonal zürcherischer Anwaltsgebührenverordnung sowie der Präambel der Gebührenord-nung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte. In ihrer Funk-tion als Bemessungselemente dieser Entschädigungsgrundsätze dienen sie zur Ausmittlung des im konkreten Fall angemessenen

338) Siehe oben III.; III. ZK vom 22. Mai 1964 Erw. III. S. 5.

339) Vgl. die Schiedsordnung der Zürcher Handelskammer
Art. 39 Abs. 2.

Gebührenansatzes. Ueber die Rolle hinaus, welche das Kriterium der "übernommenen Verantwortung" und dasjenige der "Schwierigkeit des Falles" bei der Interpolation des angemessenen Honoraransatzes innerhalb der gegebenen Gebührenspannen spielen, ist das Kriterium der besonderen Sachkenntnis des Schiedsrichters von selbständiger Bedeutung. Demnach wird die Arbeit, welche ein Schiedsrichter mit spezifischer Sachkenntnis neben seiner richterlichen Funktion zusätzlich als Sachverständiger leistet, zusätzlich bei der Honorierung zu berücksichtigen sein. Eine zusätzliche Honorierung in der Weise, dass die mit besonderer Sachkenntnis geleistete Schiedsrichtertätigkeit auf Grund des damit in Zusammenhang stehenden zusätzlichen Zeitaufwandes ein zusätzliches Entgelt verdient, erscheint denn auch in Anlehnung an das regierungsrätliche Entschädigungsmodell für die Mitglieder des gesetzlichen Schiedsgerichtes in Krankenversicherungsstreitigkeiten als richtig und angemessen 340).

V. Der Anspruch auf anteilmässiges Honorar

1. Der Anspruch auf anteilmässiges Honorar bei vorzeitiger Erledigung des Schiedsstreites durch Vergleich, Rückzug oder Anerkennung der Klage

Bei vorzeitiger Erledigung des Schiedsgerichtsprozesses durch Vergleich, Rückzug oder Anerkennung der Klage steht dem Schiedsrichter gemäss § 12 der kantonalen Verordnung über die Anwaltsgebühren in Zürich als Honorar ein Viertel bis die Hälfte der auf Grund von § 2 des kantonalen Anwaltstarifes zu errechnenden Grundgebühr zu. Die anteilmässige Entschädigung des Schiedsrichters auf Grund dieser Bestimmung ist jedoch wie folgt zu präzisieren: In analoger und sinngemässer Anwendung des weiteren Wortlautes von § 12 der Anwaltsgebührenordnung, wonach bei Streiterledigung durch Vergleich, Rückzug oder Anerkennung der Klage dem Anwalt die volle Grundgebühr zustehe,

340) Siehe oben § 2 III. 2. C).

wenn die Vorbereitung zur Hauptverhandlung oder für die Einreichung einer Rechtsschrift bereits erfolgt sind, darf der Schiedsrichter dann die volle Grundgebühr verlangen, wenn im Zeitpunkt der Erledigung des Schiedsstreits durch Vergleich, Rückzug oder Anerkennung der Klage das Schiedsverfahren bereits weit gegen den Endentscheid hin gediehen ist. Das wird namentlich dann der Fall sein, wenn das Schiedsverfahren bereits im Beweisabnahmestadium steht und insbesondere die Sachverhaltsklärung durch das bereits stattgehabte Beweisverfahren das Zustandekommen des Vergleiches, des Rückzuges oder der Anerkennung der Klage massgeblich begünstigt hat. Demgegenüber kann insbesondere bei Schiedsstreitigkeiten mit sehr hohen Streitwerten die Entschädigung mit einem Viertel bis zur Hälfte der Grundgebühr als unangemessen erscheinen, wenn die vorzeitige Streiterledigung so schnell nach der Konstituierung des Schiedsgerichtes erfolgte, dass von schiedsrichterlichem Tätigwerden eigentlich nicht gesprochen werden kann und der Vergleich, der Rückzug oder die Anerkennung der Klage ohne irgendwelche Mitwirkung des Schiedsgerichtes zustandekam. In diesen Fällen muss dem ordentlichen Richter bei der Festsetzung des angemessenen Honorars die Möglichkeit einer angemessenen Ermässigung des Anteils der Grundgebühr offen stehen. Möglicherweise mag auch eine Entschädigung gemäss § 9 der kantonalen Anwaltsgebühren in Betracht kommen, wonach für die administrativen Geschäfte im Zusammenhang mit der Konstituierung des Schiedsgerichtes ein Stundenhonorar zwischen Fr. 80.-- und Fr. 150.-- in Anschlag zu bringen wäre 341). Schliesslich wären für die Relativierung der zu bezahlenden Grundgebühr bei vorzeitiger Erledigung des Schiedsstreites durch Vergleich, Rückzug oder Anerkennung der Klage auch die Grundsätze in Erwägung zu ziehen, wie sie in Deutsch-

341) Gemäss § 9 kann für aussergewöhnliche Bemühungen bei der Vorbereitung eines Prozesses wie Vertretung vor dem Friedensrichter, Mitwirkung bei Verhören in der Strafuntersuchung, Reisen zur Besichtigung eines Streitortes oder Streitgegenstandes vor der Hauptverhandlung oder sonstige Instruktionen für den Prozess ausser der Anwaltsgebühr eine dem Zeitaufwand entsprechende besondere Entschädigung berechnet werden. Sie beläuft sich in der Regel auf Fr. 80.-- bis 150.-- in der Stunde.

land bei der Bemessung des vollen, respektive anteilmässigen Honorars von Schiedsrichtern üblich und angemessen sind, und wie sie unten unter 2. B) näher darzulegen sein werden.

2. Der Anspruch auf anteilmässiges Honorar bei vorzeitigem Ausscheiden des Schiedsrichters im Verlaufe des Schiedsverfahrens

Komplexer stellt sich das Problem dar, ob und in welchem Umfang derjenige Schiedsrichter einen Anspruch auf ein anteilmässiges Honorar habe, der während des Schiedsverfahrens aus dem Schiedsrichteramt ausscheidet.

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage nach dem Anspruch auf anteilmässiges Honorar bei vorzeitigem Ausscheiden des Schiedsrichters muss die Feststellung sein, dass der Schiedsrichter, dessen obligatorische Rechtsbeziehungen zu den Schiedsgerichtsparteien als Auftrag oder auftragsähnlicher Quasikontrakt zu qualifizieren sind, gemäss Art. 394 ff. OR Anspruch auf das seiner richtigen, d.h. weisungsgemässen, sorgfältigen und getreuen Erfüllung der schiedsrichterlichen Aufgabe angemessene Honorierung hat 342). Mit andern Worten: Besteht zwischen den Schiedsgerichtsparteien und dem Schiedsrichter keine Abrede über die Fälligkeit des Schiedsrichterhonorars - das wird in der Regel kaum je der Fall sein -, so wird der Anspruch auf Entgelt regelmässig erst nach richtiger Vertragserfüllung, nach richtig abgeschlossener Ausübung des Schiedsrichteramtes also, fällig 343). Demnach wird davon auszugehen sein, dass das volle vereinbarte, übliche oder angemessene Honorar des Schiedsrichters erst mit Abschluss des Schiedsgerichtsprozesses verdient sein soll, also mit Niederlegung des Schiedsspruches 344). Da das Auftragsrecht für die richtige, sorgfältige und getreue Ausführung auch eines Teils des Auftrages einen Anspruch auf einen

342) Vgl. Gautschi N 75 zu Art. 394.

343) Vgl. Becker N 12 zu Art. 402.

344) Vgl. Baumbach/Schwab S. 94, S. 95 IV.

angemessenen Teil der Vergütung vorsieht 345), wird die Frage nach dem Anspruch des Schiedsrichters auf anteilmässige Honorierung danach zu beurteilen sein, inwieweit der Schiedsrichter vor Ausscheiden während des Schiedsverfahrens seine schiedsrichterliche Aufgabe richtig, d.h. weisungsgemäss, sorgfältig und getreu geleistet hat.

Die Gründe, welche zum Ausscheiden eines Schiedsrichters während des Schiedsverfahrens führen, können wie folgt zusammengefasst werden:

- Ausscheiden durch Ausschluss, Austritt, Ablehnung und Rücktritt aus wichtigen Gründen,
- durch Uebernahme eines Amtes oder Wahl in ein Amt, das die Fortführung des Schiedsrichteramtes nicht erlaubt,
- durch Tod und
- durch Abberufung wegen Pflichtverletzung und Rücktritt zur Unzeit.

Die Auswirkungen des Ausscheidens eines Schiedsrichters während des Verfahrens zufolge Ausschluss, Austritts oder Ablehnung wurden in einem besonderen Abschnitt ausführlich behandelt 346). Die Frage, welches Honorar bei Rücktritt des Schiedsrichters aus wichtigen Gründen geschuldet sei, ist nach den Erwägungen und Aspekten zu beurteilen, wie sie im Zusammenhang mit der Entschädigung des während eines Schiedsgerichtsverfahrens erfolgreich abgelehnten Schiedsrichters angestellt wurden, wurde doch auch schon darauf hingewiesen, dass der Zustand des Schiedsrichters zufolge Ablehnung als wichtiger Grund für den Rücktritt des Schiedsrichters aufzufassen sei 347).

Die verbleibenden Gründe für das vorzeitige Ausscheiden eines Schiedsrichters werden mit Bezug auf die Frage nach dem Anspruch auf ein anteilmässiges Honorar nach folgenden Kriterien zu unterscheiden sein:

345) Vgl. Becker N 12 zu Art. 402.

346) Siehe oben § 10 III.

347) Vgl. Sträuli/Hausser N 1 zu § 371.

- Vorzeitiges Ausscheiden eines Schiedsrichters durch Rücktritt zur Unzeit oder nach vorangegangener nicht richtiger Ausübung des Schiedsrichteramtes und
- vorzeitiges Ausscheiden des Schiedsrichters nach richtiger teilweiser Erfüllung des Schiedsrichteramtes.

A) Der Anspruch auf anteilmässiges Honorar bei vorzeitigem Ausscheiden des Schiedsrichters durch Rücktritt zur Unzeit oder nach nicht richtiger Ausübung des Schiedsrichteramtes

Bei Abberufung eines Schiedsrichters wegen Pflichtverletzung ist in aller Regel davon auszugehen, dass dem Schiedsrichter kein Anspruch auf anteilmässiges Honorar erwachsen wird, da von einer richtigen Ausführung der schiedsrichterlichen Obliegenheiten nicht ausgegangen werden kann. Hingegen kann dem Rücktritt eines Schiedsrichters zur Unzeit durchaus richtige oder möglicherweise gar wertvolle schiedsrichterliche Tätigkeit vorausgegangen sein. Die Vertragsverletzung durch Rücktritt zur Unzeit lässt jedoch auch in diesem Fall keinen klagbaren Anspruch auf anteilmässiges Honorar aus Vertrag entstehen. Es könnte sich aber allenfalls die Frage stellen, ob auf dem Wege der Bereicherungsklage nicht auch der zur Unzeit zurückgetretene Schiedsrichter ein gewisses Entgelt fordern kann, wenn sich die von ihm vor seinem Rücktritt zur Unzeit geleistete Schiedsrichtertätigkeit als sehr umfangreich und für die Erledigung der Schiedssache als sehr wertvoll erweist. Die Beantwortung dieser Frage muss dem konkreten Einzelfall vorbehalten bleiben, doch wird ein allfälliger Anspruch durch die Schadenersatzpflicht des zur Unzeit Zurückgetretenen wohl regelmässig egalisiert werden.

B) Der Anspruch auf anteilmässiges Honorar bei vorzeitigem Ausscheiden des Schiedsrichters nach richtiger teilweiser Erfüllung der schiedsrichterlichen Aufgabe

Das Ausscheiden eines Schiedsrichters nach vorangegangener richtiger teilweiser Ausführung der Schiedsrichtertätigkeit

liegt vor, wenn ein Schiedsrichter - oder entsprechend ein Schiedsgerichtssekretär - durch Tod oder durch schwere Krankheit, die ein weiteres schiedsrichterliches Tätigwerden verbietet, aus dem Schiedsrichteramt ausscheiden muss, oder wenn durch Uebernahme eines Amtes oder Wahl in ein Amt, das ein weiteres schiedsrichterliches Tätigwerden verunmöglicht, das Schiedsrichteramt ebenfalls beendet wird. Eine differenzierte Betrachtung der letztgenannten Fälle erscheint indessen geboten.

So könnte argumentiert werden, die Uebernahme eines Amtes oder die Annahme der Wahl in ein Amt, das mit der Ausübung des Schiedsrichteramtes kollidiert, habe hinter der Vertragstreue, welche die Schiedsrichter durch Annahme des Schiedsrichteramtes den Schiedsgerichtsparteien gegenüber zu beobachten hätten, zurückzutreten. Handle der Schiedsrichter nicht nach diesem Grundsatz, so stelle sein Verhalten eine Vertragsverletzung dar, was den Verlust des Anspruchs auf ein anteilmässiges Honorar nach sich ziehe. Diese strikte Anwendung des Grundsatzes "pacta servanda sunt" birgt jedoch allzuleicht und sozusagen in allen Fällen die Gefahr unbilliger Konsequenzen in sich. Das wird namentlich dort deutlich, wo die Uebernahme eines politischen Amtes oder die Wahl in ein solches Amt zur Frage stehen. In den meisten Fällen müsste die Forderung, ein solches Amt im Hinblick auf die bestehende Bindung durch ein übernommenes Schiedsrichteramt ausschlagen zu müssen, fast regelmässig einer unzumutbaren Beeinträchtigung der beruflichen, politischen, gesellschaftlichen oder persönlichen Stellung des Betroffenen gleichkommen. Ihn unter diesen Umständen mit letzter Konsequenz an den Grundsatz der Vertragstreue ketten zu wollen, ihm mithin den Verzicht auf das anteilmässige Honorar zuzumuten, muss stossend wirken. Dem Interesse eines Schiedsrichters, einen gültigen Anspruch auf anteilmässiges Honorar zu gewinnen, muss in diesen Fällen jedoch stets das gleichermassen legitime Interesse der Schiedsgerichtsparteien gegenübergestellt werden, durch das Ausscheiden des Schiedsrichters und seinen Anspruch auf anteilmässiges Honorar sowie durch Kosten im Zusammenhang

mit der Ersetzung des Ausgeschiedenen keinen Schaden zu erleiden. Mithin wird der Anspruch eines Schiedsrichters, der durch Uebernahme eines Amtes oder Wahl in ein Amt seine Schiedsrichtertätigkeit nicht mehr ausüben kann, stets den durch seinen Austritt entstehenden Mehrkosten der Schiedsgerichtsparteien gegenüberzustellen sein, und es wird zwischen den gleichermassen legitimen Interessen von Schiedsrichter und Schiedsgerichtsparteien ein billiger und angemessener Ausgleich zu suchen sein. Die Kriterien für die Bemessung eines solchen anteilmässigen Honorars werden weiter unten eingehend zu prüfen und zu erläutern sein.

Durchweg anders ist die Frage nach dem schiedsrichterlichen Anspruch auf anteilmässiges Honorar zu beurteilen, wenn der Schiedsrichter durch Tod oder durch schwere Erkrankung, die eine Weiterführung seiner schiedsrichterlichen Tätigkeit verunmöglicht, aus dem Schiedsrichteramte ausscheidet. Der Schiedsrichter hat den Abbruch der schiedsrichterlichen Auftragserfüllung nicht zu vertreten, weshalb ihm bzw. seinen Erben ein klagbarer Anspruch auf anteilmässiges Honorar für die richtige, sorgfältig und getreu geleistete schiedsrichterliche Tätigkeit zusteht. Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob die Schiedsgerichtsparteien in solchen Fällen die mit dem Ausscheiden eines Schiedsrichters während des Schiedsgerichtsprozesses und die mit der Ersetzung des Ausgeschiedenen verbundenen Mehrkosten zu tragen haben. Das wird in aller Regel bejaht werden müssen. Ein Abzug vom anteilmässig verdienten Honorar aus Gründen, die der Ansprecher nicht zu vertreten hat, ist abzulehnen. Freilich darf nicht verkannt werden, dass diese Auffassung den Schiedsgerichtsparteien zum Nachteile gereichen kann. Das Ausscheiden eines Schiedsrichters aus seinem Amte durch Tod oder durch schwere Erkrankung wird regelmässig mit Mehrkosten für die Weiterführung und Erledigung des Schiedsgerichtsprozesses verbunden sein. Diese Mehrkosten übernehmen zu müssen, zählt aber zu jenen Risiken, die Privatpersonen bewusst übernehmen, wenn sie ihren Rechtsstreit vor ein Schiedsgericht tragen, das nicht vom Staat, sondern von ihnen finanziert werden muss.

Zur Ermittlung des anteilmässigen Honorars bieten sich verschiedene Bemessungsmethoden an:

Zunächst wäre denkbar, dass in Anlehnung an § 12 des kantonalen Anwaltstarifes von Zürich je nach gehabtem Aufwand ein Viertel bis die Hälfte der Grundgebühr verdient sein soll, wenn ein Schiedsrichter nach vorangegangener richtiger Amtserfüllung vorzeitig ausscheidet. Eine solche Bemessung könnte sich jedoch als unangemessen erweisen, wenn das Ausscheiden in einem Zeitpunkt erfolgt, in welchem die wichtigen Arbeiten bereits geleistet, oder in welchem noch keine nennenswerten schiedsrichterlichen Tätigkeiten erfolgt sind.

Sodann fällt in Betracht, den anteilmässigen Honoraranspruch auf Grund des Streit- oder Objektwertes sowie des Zeitaufwandes mittels des Stundenhonorars der Gebührenordnung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte festzulegen. Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten oder Streitigkeiten ohne Streitwert würde der entsprechende Ansatz dieser Gebührenordnung zur Anwendung gelangen. Steht das anteilmässige Honorar eines Fachschiedsrichters in Frage, so fällt die Bezifferung anhand des für seine Expertentätigkeit allenfalls bestehenden Tarifansatzes in Betracht.

Schliesslich ist jedoch noch eine dritte Möglichkeit zur Ermittlung des anteilmässigen Honorars gegeben. Als Ausgangspunkt dafür dient das Modell zur Ermittlung des in Deutschland üblichen oder angemessenen Schiedsrichterhonorars. In Anlehnung an Baumbach/Schwab setzt sich das Honorar eines Schiedsrichters in Deutschland wie folgt zusammen:

- Aus einer Prozessgebühr, die dem Schiedsrichter mit dem Durcharbeiten der Klageschrift erwächst.
- Eine Verhandlungsgebühr, die nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung oder nach einem Schriftenwechsel anfällt, d.h. wenn schriftlich Anträge gestellt sind.
- Aus einer Beweisgebühr, die mit der Ausführung des Beweisbeschlusses verdient ist.

- Aus einer Urteilsgebühr nach Redaktion des Entscheides 348).

In Anlehnung an dieses Entschädigungsmodell wäre eine Ermittlung des anteilmässigen Honorars in der Weise angemessen und möglich, dass je nach dem Stand des Prozesses, in welchem der Schiedsrichter sein Amt aufgeben musste, ein entsprechender Teil der anhand des kantonalen Anwaltstarifs von Zürich zu ermittelnden vollen Grundgebühr geschuldet wäre. Das könnte mit andern Worten bedeuten:

- Die Führung des Schiedsstreites bis zur Hauptverhandlung wird je nach Umfang der zu bearbeitenden Akten mit einem Viertel bis zu einem Drittel der Grundgebühr entschädigt.
- Die Durchführung der Hauptverhandlung bzw. die Verarbeitung der schriftlichen Parteianträge gibt Anspruch auf die Hälfte bis zwei Drittel der Grundgebühr.
- Die Führung des Prozesses einschliesslich des Beweisverfahrens wird mit drei Viertel bis der ganzen Grundgebühr entschädigt.

Eine ganze Grundgebühr wäre namentlich dann geschuldet, wenn das Beweisverfahren sehr umfangreich und aufwendig war. Bei reinen Fachschiedsgerichten wäre der entsprechende Teil des anhand allenfalls bestehender Tarife zu ermittelnden Sachverständigenhonorars geschuldet.

VI. Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse in den Grundsätzen des nachstehenden Entschädigungsmodells

- 1 Für die Bemessung des Schiedsrichterhonorars ist das am Sitze des Schiedsgerichts geltende materielle und formelle Recht und die am Sitze herrschende Schiedsrechtsauffassung massgeblich.

348) Vgl. Baumbach/Schwab S. 95; Breetzke NJW 68 S. 116.

- Auf das Personalstatut der einzelnen Mitglieder des Schiedsgerichtes kommt bei der Frage nach dem anwendbaren Recht bei der Honorarbemessung nichts an 349).
- Das Sitzesrecht als *lex fori* ist ausschlaggebend für die Anwendbarkeit fremden Rechts auf die Frage der Bemessung der Schiedsrichterhonorare, falls kollisionsrechtliche oder materiellrechtliche Verweisung durch Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter 350) vorliegen.

2 Das Gesetz enthält keine Bestimmungen für die Bemessung der Honorare von Schiedsrichtern und Schiedsgerichtssekretären:

- Weder ist im Bundeszivilrecht die Ermittlung des Honoraranspruches der Mitglieder von Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz normiert,
- noch bestehen im Falle von Schiedsgerichten mit Sitz im Kanton Zürich kantonale Zwangs- oder kantonale Dispositivtarife dafür 351).

3 Die Honorarbemessung für Mitglieder von Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz richtet sich gemäss Art. 394 Abs. 3 OR in erster Linie nach Parteiabrede.

Die privatautonome individuelle Gestaltung der Honorierung gemäss Art. 394 Abs. 3 OR kann sowohl die Frage des Honoraranspruches "*de principio*" wie "*de quantitate*" beschlagen; Vereinbarungen von Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichtern werden mit Bezug auf das Honorar jedoch hauptsächlich die Festlegung bestimmter Bemessungsgrundsätze beinhalten 352).

4 Im Kanton Zürich besteht eine Uebung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR und Art. 5 Abs. 2 ZGB, dass Juristen als Mitglieder

349) Siehe oben I.

350) Siehe oben § 4 IV. 2. und 3.

351) Siehe oben II. 1.

352) Siehe oben II. 2.

eines Schiedsgerichts mit Sitz im Kanton Zürich auf Grund der jeweils geltenden Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich über die Anwaltsgebühren zu entschädigen sind.

- Diese Uebung gilt auch für die Bemessung des Honorars des rechtskundigen Schiedsgerichtssekretärs 353).
 - Als üblich gilt das in Anwendung von § 2 der kantonalen Anwaltsgebührenordnung auf Grund der übernommenen Verantwortung, der Schwierigkeit des Falles und des notwendigen Zeitaufwandes sowie in Berücksichtigung des gegebenen Streitwertes ermittelte Honorar.
 - In der Regel ist die auf Grund von § 2 der kantonalen Anwaltsgebührenordnung ermittelte Grundgebühr als übliches Honorar nur einmal zu leisten; schwierige und langwierige Schiedsgerichtsprozesse, namentlich die Durchführung umfangreicher Beweisverfahren, begründen jedoch einen Anspruch auf einen Zuschlag.
- 5 Bei Fehlen einer Parteiabrede oder einer Uebung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR bezüglich der Honorarbemessung erwächst den Mitgliedern von Schiedsgerichten aus dem Gegenseitigkeitscharakter ihres obligatorischen Rechtsverhältnisses zu den Schiedsgerichtsparteien, das als Auftrag oder auftragsähnlicher Quasikontrakt zu qualifizieren ist, ein Anspruch auf "angemessene" Honorierung 354).
- Bei Bestehen einer Uebung hinsichtlich des Honoraranspruches ist der Richter zudem nicht an die dadurch begründete tatsächliche Vermutung der Angemessenheit des üblichen Honorars gebunden, wenn er angerufen ist, dieses auf seine Angemessenheit hin zu überprüfen 355).

353) Siehe oben III.

354) Siehe oben IV.

355) Zit. Anm. 354.

- Die Angemessenheit des Schiedsrichterhonorars als Ausfluss aus dem Gegenseitigkeitscharakter des obligatorischen Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter verwirklicht sich in der vernünftigen Relation zwischen den geldwerten Leistungen von Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter.
 - Die Angemessenheit des Schiedsrichterhonorars als vernünftige Relation zwischen den geldwerten Leistungen von Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter konkretisieren sich in drei Gruppen von Bemessungselementen: Den objektiven Kriterien, den Kriterien der Person und den Kriterien der Qualität 356).
- A Die objektiven Kriterien werden vom Grundsatz beherrscht, dass, gemessen am tatsächlichen Arbeitsaufwand der einzelnen Mitglieder eines Schiedsgerichtes, eine Abstufung ihrer Honorare erfolgen kann.
- Die objektiven Kriterien umfassen die Bemessungselemente des notwendigen Zeitaufwandes, des Streit-, Interessen- oder Objektswertes sowie der wirtschaftlichen Bedeutung der Dienstleistung.
 - Streit-, Interessen- oder Objektswert und die wirtschaftliche Bedeutung der Dienstleistung stellen nur insofern objektive Kriterien dar, als sie in einer geldwerten Grösse mindestens "bestimmbar" sind.
 - Der notwendige Zeitaufwand und der Streitwert verkörpern bei der Ermittlung des angemessenen Schiedsrichterhonorars die primären Bemessungsfaktoren.
 - Das auf Grund des kantonalen Anwaltstarifes ermittelte Honorar hat allgemein für alle Mitglieder des Schiedsgerichts als angemessen zu gelten.

356) Zit. Anm. 354.

- Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten oder Streitigkeiten mit unbestimmbarem Streitwert fällt anstelle des kantonalen Anwaltstarifes die Bemessung des Schiedsrichterhonorars auf Grund analoger Anwendung der Gebührenordnung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte in Betracht.
 - Namentlich ist der rechtskundige Schiedsgerichtssekretär, der nur für die Bearbeitung einzelner Prozessabschnitte beigezogen wurde oder den bestellten und verhinderten Sekretär nur in einzelnen Prozessphasen vertritt, mit dem Stundenhonorar der Gebührenordnung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte auf Grund der aufgewendeten Zeit und des gegebenen Streitwertes zu entschädigen.
 - Anstelle der Honorarbemessung auf Grund von Anwaltstarifen kommt bei reinen Fachschiedsgerichten eine Entschädigung anhand allenfalls vorhandener Tarifsätze von Berufsverbänden für die fachspezifische Tätigkeit des Expertenschiedsrichters in Frage, doch ist dabei stets die Adäquanz zu jenem Schiedsrichterhonorar zu wahren, das bei Bemessung auf Grund von Anwaltstarifen resultieren würde 357).
- B Die Kriterien der Person werden vom Grundsatz beherrscht, dass die Gleichheit der Aufgabe und der Arbeit die Gleichheit der Entschädigung nach sich zu ziehen habe.
- Die Kriterien der Person konkretisieren sich in den sekundären Bemessungselementen der Generalunkosten des Schiedsrichters sowie seiner beruflichen Stellung und Tätigkeit 358).
 - Die Bemessung der Honorare von Rechtsanwälten als Schiedsrichtern und von anderen Juristen als Schiedsrichtern, die vollamtliche Staatsbedienstete sind, hat grundsätzlich nach den gleichen Kriterien zu erfolgen.

357) Siehe oben IV. 1.

358) Siehe oben IV. 2.

- Die Generalunkosten eines Anwaltes als Schiedsrichter, der eine Praxis unterhalten muss, sowie seine berufliche Stellung und Tätigkeit, die ihn zwingt, Verdienstaussfälle durch Krankheit, Militärdienst etc. und seine Altersvorsorge selbst zu finanzieren, rechtfertige es jedoch, dem Schiedsrichter, der als Jurist ein vollamtliches Staatsamt bekleidet und über ein regelmässiges Gehalt verfügt, einen Abzug vom gleichmässig errechneten Honorar zuzumuten; die Grössenordnung dieses Abzuges mag sich im Bereich von 25 % des Vollhonorars bewegen 359).
- Die Entschädigung des Schiedsrichters als Mitglied eines reinen Expertenschiedsgerichtes, welche anhand allenfalls vorhandener Berufsverbandstarife für seine Expertentätigkeit erfolgt, muss in Wahrung des Grundsatzes, dass gleiche Arbeit gleich bezahlt sein soll, im Hinblick auf die richterliche Funktion, die auch der Fachschiedsrichter leistet, zum Honorar, das auf Grund von Anwaltstarifen errechnet wird, in einem einigermassen adäquaten Verhältnis stehen; doch wird bei gemischten Schiedsgerichten im Grundsatz der Honorarermessung für Juristen und Nichtjuristen als Schiedsrichtern kein Unterschied zu machen sein 360).
- C Die Kriterien der Qualität beinhalten den Grundsatz, dass die Honorierung der schiedsrichterlichen Tätigkeit auf Grund von Anwaltstarifen als üblich und angemessen erscheint, da die Funktion und Tätigkeit des Schiedsrichters nicht weniger schwierig und wichtig ist als diejenige eines Anwaltes, und es dem Schiedsrichter daher nicht zugemutet werden kann, weniger zu erhalten als dieser 361).
- Dieser Grundsatz gilt in gleichem Masse für die Honorierung von Schiedsrichter und Schiedsgerichtssekretär.

359) Siehe oben IV. 2. A).

360) Siehe oben IV. 2. B).

361) Siehe oben IV. 3.

- Im übrigen konkretisieren sich die Kriterien der Qualität in den Bemessungselementen der übernommenen Verantwortung, der Schwierigkeit des Falles und der besonderen Sachkenntnis des Schiedsrichters.
 - Die Arbeit, welche ein Schiedsrichter neben seiner eigentlichen richterlichen Funktion als Experte zusätzlich leistet, ist bei der Honorierung auf Grund des damit verbundenen Zeitaufwandes zusätzlich zu entschädigen.
- 6 Der Anspruch auf anteilmässiges Honorar ist unter dem Aspekt zu beurteilen, dass das volle Schiedsrichtersonorar nach richtiger, sorgfältiger und getreuer Erfüllung des Schiedsrichterauftrages verdient ist; mithin wird das volle Honorar mit Abschluss des Schiedsverfahrens durch Ausfällung und Niederlegung des Schiedsspruches fällig 362).
- Bei vorzeitiger Erledigung des Schiedsstreites durch Vergleich, Rückzug oder Anerkennung der Klage ist gemäss kantonaem Anwaltstarif ein Honorar von einem Viertel bis zur Hälfte der Grundgebühr angemessen; im konkreten Einzelfall kann diesfalls die Bemessung des anteilmässigen Honorars anhand des Stundenhonorars der Gebührenordnung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte oder auf Grund von § 9 des kantonalen Anwaltstarifes als angemessen erscheinen 363).
 - Endigt das Schiedsrichteramt durch Abberufung des Schiedsrichters wegen Pflichtverletzung oder durch Rücktritt zur Unzeit, so entsteht in der Regel kein Anspruch auf anteilmässiges Honorar 364).
 - Endigt das Schiedsrichteramt durch Uebernahme eines Amtes oder Wahl in ein Amt, das die Fortführung der schiedsrichterlichen Tätigkeit nicht erlaubt, so entsteht für vorausgegangene richtige Auftragserfüllung ein Anspruch auf

362) Siehe oben V.

363) Siehe oben V. 1.

364) Siehe oben V. 2. A).

anteilmässiges Honorar, doch ist zwischen dem Interesse des Schiedsrichters auf anteilmässige Honorierung zufolge richtiger teilweiser Auftragserledigung und dem Interesse der Schiedsgerichtsparteien, durch das Ausscheiden des Schiedsrichters und dessen Ersetzung keine Mehrkosten in Kauf nehmen zu müssen, ein billiger Ausgleich zu suchen 365).

- Endigt das Schiedsrichteramt durch Tod oder schwere Erkrankung des Schiedsrichters, die eine Fortführung der schiedsrichterlichen Tätigkeit verunmöglicht, so entsteht ein Anspruch auf anteilmässiges Honorar für die richtige teilweise Auftragserledigung; die Schiedsgerichtsparteien haben die durch das solchermassen bedingte Ausscheiden des Schiedsrichters und dessen Ersetzung verursachten Mehrkosten zu tragen, denn sie gehören zu jenen Risiken, welche die Schiedsgerichtsparteien mit der Wahl, ihren Rechtsstreit durch ein Privatgericht beurteilen zu lassen, das nicht vom Staat, sondern von ihnen finanziert werden muss, bewusst auf sich genommen haben 366).

365) Siehe oben V. 2. B).

366) Zit. Anm. 365.

4. Kapitel: DIE SICHERSTELLUNG DER PROZESSKOSTEN

§ 15 Die Sicherstellung der Prozesskosten durch Kaution und Kostenvorschuss

I. Inhalt und Rechtsnatur

1. Die Prozesskostenkaution als prozessuale Last

Die Zürcher Zivilprozessordnung sieht in ihrem § 247 vor, dass das Schiedsgericht die Sicherstellung seiner Prozesskosten durch Kaution und Kostenvorschuss verlangen kann. "Kaution" und "Kostenvorschuss" sind dabei als synonyme Begriffe aufzufassen, die nebeneinander verwendet werden und die Leistung einer Geldsumme oder anderer geldwerter Vermögenswerte beinhalten, aus denen sich das Schiedsgericht für seine Prozesskosten Deckung verschaffen kann 1). Diese Prozesskosten umfassen die Ansprüche auf Auslagenersatz und auf Honorar der einzelnen Mitglieder des Schiedsgerichts 2). Bei der Frage nach der Rechtsnatur der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution tritt uns der Prozesskostenvorschuss zunächst und primär als Institut des Zivilprozessrechtes, als prozessuale Last, entgegen 3). Als solche verkörpert die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution eine Prozessvoraussetzung, also eine Rechtsbedingung, von deren Erfüllung zwar nicht das Prozessrecht, wohl aber die Zulässigkeit des angestrebten Verfahrens und des Sachurteils abhängt 4). Demnach ist bei Nichtleistung der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution davon auszugehen, dass der Schiedsgerichtsprozess zufolge Unzulässigkeit der Klage abzuschreiben ist. Für den Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit ist hinsichtlich der Prozesskostenkaution als prozessuale Last und Prozessvoraussetzung jedoch auf folgende spezifische Eigentümlichkeiten hinzuweisen:

1) Vgl. § 247 Zürcher ZPO; siehe unten 3.

2) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 247.

3) Vgl. Guldener "ZPR" S. 588.

4) Vgl. Guldener "ZPR" S. 179 I. 2. c).

- Die Regelung der Prozesskostenkaution im Schiedsgerichtsverfahren gemäss § 247 Zürcher ZPO ist dispositiver Natur 5). Damit steht es den Schiedsgerichtsparteien einerseits frei, den Schiedsrichtern durch privatautonome Ausgestaltung des schiedsgerichtlichen Verfahrens vor Mandatsübernahme eine abweichende Form der Prozesskostenkaution vorzuschreiben oder mit ihnen nach Mandatsübernahme eine abweichende Kostendeckungsregelung zu vereinbaren, andererseits steht es dem Schiedsgericht frei, auf die Einforderung von Prozesskostenvorschüssen im Sinne von § 247 Zürcher ZPO zu verzichten.
- Sodann hält das Zürcher Zivilprozessrecht in seinem § 247 gegenüber § 369 b alt.ZPO ausdrücklich fest, dass bei Säumnis beider Schiedsgerichtsparteien in der Leistung eingeforderter Prozesskostenvorschüsse nicht nur ein Verzicht auf die Durchführung des angehobenen Schiedsgerichtsverfahrens zu erblicken sei, sondern die Schiedsgerichtsparteien mit Bezug auf den konkreten Schiedsstreit nicht mehr an ihre Schiedsabrede gebunden seien, der konkrete Rechtsstreit mangels einer neuen Schiedsabrede also nur noch vor dem ordentlichen Richter verfolgt werden könne 6).

2. Kosten- und Honorarvorschuss im obligationenrechtlichen Auftrag

Für die Beantwortung der Frage, welches Institut des Privatrechts analog auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution Anwendung finden könne, sind folgende grundsätzliche Ueberlegungen erforderlich: Vorausgeschickt sei zunächst, dass die vorliegende Arbeit den Schiedsrichtervertrag als Inbegriff aller obligatorischen Aspekte des receptum arbitri im Falle privatautonomer Gestaltung der Schiedsrichterernennung als Auftrag oder auftragsähnliches Verhältnis auffasst, bei Schiedsrichterernennung auf Grund gesetzlicher Ersatzernennung jedoch ein nichtvertraglicher, privatrechtlicher Quasikontrakt zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter angenommen wird, auf

5) Siehe oben § 5 II.

6) Vgl. Prot. KK S. 265, Votum Messmer zu § 248 V.

den per analogiam die Bestimmungen des einfachen Auftrages Anwendung finden 7).

A) Die analoge Anwendung des Auftragsrechtes auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution

Im Mandat des römischen Rechtes bestand hinsichtlich des Honoraranspruchs innerhalb des Mandatsverhältnisses zwischen Mandat und Mandatar nicht die Relation gegenseitiger Vertragsobligationen "*actio mandati directa - actio mandati contraria*", wie sie etwa für den Auslagenersatz nach Art. 402 Abs. 1 OR gilt 8). Diese klassische Mandatsstruktur hat im schweizerischen Recht jedoch einen entscheidenden Eingriff erfahren, indem die "*actio mandati contraria*" des Beauftragten über den Anspruch auf Auslagenersatz hinaus auch auf einen klagbaren Vergütungsanspruch im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR ausgedehnt wurde. Wenn die Redaktoren des OR die logische Konsequenz dieser Neuwertung des Mandates, nämlich den klagbaren Vergütungsanspruch als Bestandteil der "*actio mandati contraria*" des Beauftragten ausdrücklich in Art. 402 Abs. 1 OR aufzunehmen, auch vermissen liessen, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, dass im einfachen Auftrag des schweizerischen Rechtes der Vergütungsanspruch, welcher rechtsdogmatisch zum Anspruch auf Auslagenersatz gehört und wie dieser an die richtige Auftragserfüllung geknüpft ist, den Hauptbestandteil der "*actio mandati contraria*" des Beauftragten bildet. Das Gegenstück zu den Ansprüchen auf Auslagenersatz und Vergütung, die Ausführungsobligation des Beauftragten, seine "*obligatio faciendi*", die in der Erfüllung einer bestimmten Arbeitsleistung liegt und uns als charakteristischer Teil des Mandates entgegentritt, mag in der Regel und in der Mehrzahl von Mandaten vorgeleistet werden 9). Der Auftraggeber hat aber keinen klagbaren Anspruch auf Auftragsausführung. Mithin muss der Beauftragte mit der Erfüllung der Ausführungsobligation auch nicht in Vorschuss treten; er muss durch bedingungslose Vorleistung der Auftragsausführung dem Auftrag-

7) Siehe oben § 11.

8) Vgl. Gautschi N 71 a) zu Art. 394.

9) Vgl. Oser/Schönenberger N 18 zu Art. 394.

geber keinen Kredit gewähren. Besteht gemäss schweizerischem Recht aber die Möglichkeit, die Auftragsausführung auf Kredit abzulehnen, so fehlt es auf der andern Seite aber auch an der gesetzlichen Verpflichtung des Auftraggebers, Auslagenersatz und Honorar des Beauftragten zu bevorschussen. Demgegenüber kennt beispielsweise das deutsche Auftragsrecht die Vorschusspflicht des Auftraggebers für die Auslagen des Beauftragten 10). Das Fehlen einer Vorschusspflicht des Auftraggebers für Auslagen und/oder Honorar des Beauftragten im schweizerischen Recht zwingt daher den Beauftragten, der das Kreditrisiko vorgeleisteter Erfüllung der Ausführungsobligation nicht eingehen will, zum Auftraggeber nur unter der Bedingung einer Bevorschussung von Auslagen und Honorar in ein Mandatsverhältnis zu treten. Die Leistung eines eingeforderten Vorschusses durch den Auftraggeber ist diesfalls jedoch nicht als Auftragserteilung aufzufassen 11), sondern die Auftragserteilung erfolgt vielmehr bedingt, und die charakteristische Ausführungsobligation entsteht erst nach Eintritt dieser Bedingung 12). Kosten- und Honorarvorschüsse solcher Art, die zwar keinen Bestandteil der "actio mandati contraria" des Beauftragten bilden, sind für eine Reihe von Auftragsverhältnissen üblich. So werden Honorarvorschüsse namentlich für langfristige Auftragsausführung vereinbart, welche die Arbeitskraft des Beauftragten erheblich beansprucht, welche mit besonderer Verantwortung verbunden ist, oder wenn die Zahlungsfähigkeit des Auftraggebers zweifelhaft erscheint, vor allem in Auftragsverhältnissen wie Prozessführung, ärztliche und zahnärztliche Behandlung, Architekten- und Ingenieurarbeiten 13). Obwohl sie nicht zum eigentlichen Obligationenkomplex der "actio mandati contraria" des Beauftragten gemäss Art. 402 Abs. 1 OR gehören, stellen solche Kosten- und Honorarvorschüsse, die vom Auftraggeber auf Verlangen oder aus eigener Initiative geleistet werden, aber Mandatsleistungen dar. Ihr Rechtsgrund liegt einzig und allein im Mandat. Werden sie zunächst auch "credendi causa"

10) Vgl. Becker N 14 zu Art. 402.

11) Vgl. Guldener "ZPR" S. 588.

12) Vgl. Gautschi N 3 a) zu Art. 402.

13) Vgl. Gautschi N 68 c) zu Art. 395.

nicht "solvendi causa" geleistet, so sind sie - im Falle von Geldvorschüssen - nicht als Darlehen oder "depositum irregulare" - im Falle von Zuwendung anderer geldwerter Vermögenswerte - nicht als Leihe aufzufassen 14). Sie fallen ins Eigentum des Beauftragten, der sie im Umfange der ihm aus richtiger Auftragsausführung erwachsenden Ansprüche auf Auslagenersatz und Vergütung zurückbehalten oder verrechnen kann. Uebersteigt die vom Auftraggeber auf Verlangen oder aus eigener Initiative geleistete Bevorschussung die Ansprüche des Beauftragten auf Auslagenersatz und Honorar, so sind sie im Mehrbetrage dem Auftraggeber aus Ablieferungspflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben. Als Mittel, die vom Auftraggeber für die Ausführung des Auftrages empfangen wurden, bilden sie einen Teil der Ablieferungspflicht des Beauftragten ex mandato 15). Dieser Ablieferungsanspruch des Auftraggebers ex mandato stellt sich daher nicht als Schadenersatz- oder Bereicherungsanspruch, sondern als Erfüllungsanspruch dar 16). Die Ermittlung des Ablieferungsgegenstandes erfolgt durch Subtraktion des durch richtige Auftragsausführung erwachsenen Auslagenersatz- oder Honoraranspruchs vom empfangenen Vorschuss und liegt somit im Nettoresultat bzw. im Nettoteilresultat der Auftragsausführung 17).

Im Lichte dieser Erkenntnisse ist die zivilprozessgesetzlich normierte Kautionsleistung der Kosten des Schiedsgerichts analog als Mandatsleistung aufzufassen 18). Die Ausgestaltung als prozessuale Last und Prozessvoraussetzung gibt dem Schiedsrichter dabei die Möglichkeit, den Kosten- und Honorarvorschuss in jedem beliebigen Zeitpunkt des Schiedsgerichtsverfahrens bedingungs-

14) Vgl. Gautschi N 4 a) zu Art. 402, N 8 a) zu Art. 400.

15) Vgl. Gautschi N 8 a) zu Art. 400; Oser/Schönenberger N 5 zu Art. 400; Becker N 6 zu Art. 400.

16) Vgl. Gautschi N 21 a) zu Art. 400.

17) Vgl. Gautschi N 5 d) zu Art. 400.

18) Vgl. dazu die analoge Anwendung des Hinterlegungsrechtes in ZR 72 Nr. 105 S. 205/266, unten B; Vgl. auch das Fehlen einer prozessgesetzlichen Kautionspflicht in der deutschen Schiedsgerichtsbarkeit, wo hingegen die Auffassung herrscht, der Schiedsrichter habe einen "gewohnheitsrechtlichen" Anspruch auf Honorarvorschuss aus zivilrechtlichem Dienstvertrag, unten D).

und voraussetzungslos einzufordern. Durch das zivilprozessrechtliche Institut der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution wird auf die Schiedsgerichtsparteien jedoch kaum ein grösserer Zwang ausgeübt als auf den Auftraggeber, von welchem der Beauftragte einen Honorarvorschuss als Mandatsleistung einfordert. Hier wie dort steht es den Schiedsgerichtsparteien bzw. dem Auftraggeber frei, die Bedingung für die Entstehung der anfangsbefristeten Ausführungsobligation zu erfüllen oder auf die Durchführung des Schiedsgerichtsverfahrens bzw. des Auftrages zu verzichten. Doch stellt das zivilprozessrechtlich normierte Recht, Prozesskostenvorschüsse verlangen zu können, das Schiedsgericht dahin sicher, sich in jedem Stadium des Schiedsverfahrens für die mutmasslich erwachsenden Ansprüche auf Auslagenersatz und Honorar bezahlt zu machen oder ihr Amt niederzulegen, während vom Beauftragten im einfachen Auftrag wohl verlangt werden muss, dass er seine Ansprüche auf Vorschüsse dem Auftraggeber bei Mandatserteilung bekannt gibt, so dass die Bedingtheit der Auftragserteilung und die Anfangsbefristung der Ausführungsobligation offenliegen 19).

B) Die analoge Anwendung der obligationenrechtlichen Hinterlegung auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution

Im allgemeinen muss als richtig gelten, dass - wie in ZR 72 Nr. 105 S. 265 f. - auf sicherheitshalber hinterlegte Prozesskautionen analog die Bestimmungen über die obligationenrechtliche Hinterlegung zur Anwendung gelangen. Als Sicherheitsleistung, die in aller Regel in Form von Geld erbracht wird, wäre der Prozesskaution analog das Institut der sogenannten Werthhinterlegung, das "depositum irregulare", zuzuordnen. Die Eigentümlichkeit dieser Hinterlegungsart ist darin zu erblicken, dass nach dem Willen der Parteien die übergebene Geldsumme ins Eigentum des Verwahrers fällt, der nicht die übergebenen Stücke als solche, sondern Stücke von gleichem Wert und gleicher Beschaffenheit zurückzuerstatten hat 20). Von der stillschweigenden Vereinbarung dieser Hinterlegungsart ist gemäss Art. 481

19) Vgl. Becker N 14 zu Art. 402 OR.

20) Vgl. von Büren "OR besonderer Teil" S. 103; Becker N 1 zu Art. 481 OR.

Abs. 2 OR dann auszugehen, wenn die betreffende Geldsumme unversiegelt und unverschlossen übergeben wird. Die Annahme, auf Prozesskautionen sei die Form des "depositum irregulare" passend und mithin die einschlägigen Vorschriften des Hinterlegungsrechtes analog anwendbar, ist schon deshalb notwendig, weil eine Prozesskaution die Möglichkeit offenhalten muss, davon entstandene Auslagen laufend decken zu können. Wenn von der Gültigkeit der analogen Anwendung der Vorschriften über die Hinterlegung auf Prozesskautionen ausgegangen wird, so ist dabei jedoch in erster Linie an Prozesskosten ordentlicher Gerichte zu denken. Bei der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution gemäss § 247 ZPO hingegen darf der privatrechtliche Charakter des Rechtsverhältnisses zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter, ihr Auftrag oder auftragsähnliches Verhältnis zueinander also, nicht ausser acht gelassen werden. Es erscheint im Gegenteil als angezeigt, die Frage von Honorierungspflicht und Honoraranpruch wie die Frage der Bevorschussung dieses Anspruchs nach den gleichen privatrechtlichen Grundsätzen zu behandeln, auch wenn der schiedsgerichtliche Prozesskostenvorschuss primär ein Institut des Zivilprozessgesetzes darstellt und allfällige privatrechtliche Vorschriften nur analog zur Anwendung gelangen. Bei der Beleuchtung der einzelnen Aspekte der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution wird zudem die analoge Anwendung des Hinterlegungsrechtes im Gegensatz zu den Vorschriften des Auftragsrechtes zu keinem Ergebnis führen können. So wird namentlich mit Bezug auf die Frage, wie die sachlich angemessene Höhe von Kautions- und Nachkaution zu ermitteln sei, auf die Anwendung der Prinzipien des Auftragsrechtes zur Ermittlung der angemessenen Vergütung zurückzugreifen sein, weil das analog angewendete Hinterlegungsrecht keine Antwort zu geben vermöchte. All diese Überlegungen lassen es als angezeigt erscheinen, auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution nicht die Vorschriften über die Hinterlegung zur Anwendung zu bringen, sondern sie analog als Kostenvorschuss im Sinne einer Mandatsleistung zu behandeln.

C) Die analoge Anwendung privatrechtlicher Bestimmungen auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution unter dem Aspekt des Schutzes der Schiedsgerichtsparteien

Die Funktion der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution liegt, wie die bisherigen Ueberlegungen bereits verdeutlicht haben, in der Sicherung der Honoraransprüche der Mitglieder des Schiedsgerichts. Angesichts dieser Schutzfunktion rechtfertigt sich die Frage, ob und in welchem Umfang durch schiedsgerichtliche Prozesskostenkautionen den Schiedsgerichtsparteien zugemutet werden kann, gewisse Nachteile in Kauf zu nehmen. Als solche Nachteile wären namentlich jene Fälle zu verstehen, in denen Schiedsrichter nach Abschluss des Schiedsverfahrens die ganze geleistete Prozesskostenkaution, auf die kein voller Anspruch besteht, einbehalten oder - wie z.B. bei Tod eines Schiedsrichters - von deren Rechtsnachfolgern beansprucht werden. Für die Beantwortung dieser Fragen ist analog auf die möglichen passenden Institute des Privatrechts zurückzugreifen.

Wird der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution in analoger Anwendung des Auftragsrechtes auch der Charakter einer Mandatsleistung beigemessen, so fällt sie nach Leistung auf Verlangen oder aus eigener Initiative, wie bereits gezeigt, ins Eigentum des Beauftragten, also des Schiedsrichters. Der nach Abzug des durch richtige Auftragsausführung erwachsenden Auslagenersatz- und Honoraranspruchs resultierende Saldo unterliegt der Ablieferungspflicht des Beauftragten im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR. Bei Uneinigkeit über die Höhe dieses Anspruchs und mithin über die Höhe des abzuliefernden Saldos aber, sind die Schiedsgerichtsparteien auf den Weg des Rechtsstreites mit dem Schiedsrichter oder dessen Rechtsnachfolger verwiesen. Die Auffassung vom Mandatscharakter der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution bietet somit für Schiedsgerichtsparteien einen Schutz vor ungerechtfertigter Zurückbehaltung oder Beanspruchung der Kautions nur insoweit, als ihnen die Möglichkeit gegeben ist, den Ablieferungsanspruch als Erfüllungsklage auf dem Rechtswege durchzusetzen.

Nicht wesentlich anders stellt sich der Schutz der Schiedsgerichtsparteien vor ungerechtfertigter Zurückbehaltung oder Beanspruchung der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution dar, wenn auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution analog das Hinterlegungsrecht zur Anwendung gebracht würde. Wohl räumt Art. 474 OR dem Hinterleger das Recht ein, die Hinterlage jederzeit herauszuverlangen, doch steht dem Verwahrer dagegen die Möglichkeit offen, diese Hinterlage auf Grund von Art. 82 OR zurückzubehalten oder, wenn die Voraussetzungen dazu erfüllt sind, an ihr ein Retentionsrecht im Sinne von Art. 895 ZGB auszuüben. Auch das analog angewendete Institut der Hinterlegung setzt die Schiedsgerichtsparteien bei Streit um die Höhe des Honoraranspruchs und mithin um die Höhe des zurückzuerstattenden Teils der Prozesskaution in die Lage, ihren Anspruch auf dem Rechtsweg durchfechten zu müssen.

Es muss daher die Frage aufgeworfen werden, ob neben der analogen Anwendung des Auftragsrechts oder der Hinterlegung noch andere Institute des Privatrechts zu Rate zu ziehen seien, die dem sicher nicht unberechtigten Interesse der Schiedsgerichtsparteien an Schutz vor allzu grossen Nachteilen entgegenkämen.

Neben der Prozesskostenkaution als Auftragsleistung oder sicherheitshalber geleisteter Hinterlage kämen als weitere Institute des Privatrechts das Darlehen oder das Pfand für die analoge Anwendung auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution in Betracht. Diese beiden Institute - das Pfand müsste, um die Funktion als schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution erfüllen zu können, ins Eigentum des Schiedsrichters fallen und verbrauchbar sein, also ein "pignus irregulare" darstellen - bieten jedoch ebensowenig einen weitergehenden Schutz der Schiedsgerichtsparteien vor rückerstattungsunwilligen Schiedsrichtern oder deren Rechtsnachfolgern. Das Darlehen fällt wie das "pignus irregulare" in das Eigentum des Schiedsrichters, und bei Streit über die Höhe des Rückerstattungsanspruchs sind die Schiedsgerichtsparteien wiederum auf den Prozessweg verwiesen. Dazu kommt, dass sowohl das Darlehen wie das Pfand

nicht unbedingt geeignet erscheinen, um analog für die Beurteilung der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution herangezogen zu werden. Die verschiedenen Eigentümlichkeiten beider Institute würden eine analoge Anwendung auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution eher als nicht angezeigt erscheinen lassen.

Diese Ueberlegungen zeigen, dass ein Schutz der Schiedsgerichtsparteien vor rückerstattungsunwilligen Schiedsrichtern oder deren Rechtsnachfolgern, der, über die vom Gesetz bei allen analog in Betracht fallenden privatrechtlichen Rechtsinstituten gewährleisteten Rechtsschutz im Sinne des Prozessweges hinausginge, nicht gegeben ist. Ein weitergehender Schutz erscheint denn auch nicht möglich, da in dieser Frage das Schutzinteresse von Schiedsrichter und Schiedsgerichtsparteien kollidieren. Da aber die primäre Schutzfunktion der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution darin liegt, die Mitglieder eines Schiedsgerichtes von Anfang an bezüglich ihrer Honorar- und Auslagenersatzansprüche zu sichern, muss das ebenfalls legitime Schutzinteresse der Schiedsgerichtsparteien vor rückerstattungsunwilligen Schiedsrichtern oder deren Rechtsnachfolgern in den Hintergrund treten. Es ist denn auch mit aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass berechnigte Ansprüche der Schiedsgerichtsparteien, die ganze oder einen Teil der geleisteten Prozesskostenkaution zurückerstattet zu erhalten, bei allen möglichen Formen analog zur Anwendung gelangter Privatrechtsinstitute im Zivilprozess gewährleistet ist. Um einen Rechtsstreit kommen die Schiedsgerichtsparteien bei Uneinigkeit über solche Fragen jedoch nicht herum.

Auch diese Erwägungen über die analoge Anwendung privatrechtlicher Bestimmungen auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution unter dem Aspekt des Schutzes der Schiedsgerichtsparteien zeigen klar, dass es keine stichhaltigen Gründe dafür gibt, von der analogen Anwendung des Auftragsrechtes auf die Prozesskostenkaution und mithin von der Auffassung, die Prozesskaution im Schiedsgericht sei analog als Mandatsleistung zu betrachten, abzuweichen. Es ist im Gegenteil die analoge Anwendung des Auftragsrechtes, die - wie im einzelnen noch näher dar-

zulegen sein wird - auf die verschiedenen Einzelaspekte der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution angewendet, am ehesten zu angemessenen und der Natur der Kautionsentsprechenden Lösungen führt.

D) Kosten- und Honorarvorschuss in der deutschen Schiedsgerichtsbarkeit

In diesem Zusammenhang und im Hinblick auf die Entscheidung, auf die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution seien analog die Vorschriften über den einfachen Auftrag anwendbar, mag ein kurzer Hinweis auf die Frage von Interesse sein, ob und in welcher Form die deutsche Schiedsgerichtsbarkeit die Bevorschussung und Sicherstellung der Honorare und Auslagen der Mitglieder von Schiedsgerichten kennt:

Die deutsche Zivilprozessordnung kennt das Institut schiedsgerichtlicher Prozesskostenkaution nicht. Hingegen hält § 669 BGB fest, dass für die Auslagen des Beauftragten eine Vorschusspflicht des Auftraggebers bestehe. Diese Pflicht ist gemäss § 675 BGB auch auf die Verhältnisse des deutschen Dienstvertrages übertragbar. Es gilt daher in jedem Falle als unbestreitbar, dass der deutsche Schiedsrichter im unentgeltlichen wie im entgeltlichen Schiedsgericht nach deutschem Recht einen gesetzlichen Anspruch auf Bevorschussung seiner Auslagen hat. Praktisch wichtiger und schwieriger ist jedoch die Beantwortung der Frage, ob der deutsche Schiedsrichter auch die Bevorschussung seines Vergütungsanspruches verlangen kann, wenn darüber zwischen ihm und den Schiedsgerichtsparteien keine Parteiabrede getroffen wurde. Dass eine Kautionspflicht der Schiedsgerichtsparteien für die Honoraransprüche der Schiedsrichter auch für den Bereich des deutschen Schiedsgerichtswesens gegeben ist, darf denn auch den Ausführungen Baumbach/Schwabs entnommen werden:

Man müsse freilich weiter gehen und die Vergütungsvorschusspflicht als gewohnheitsrechtlich feststehend ansehen. Seit Jahrzehnten verlange wohl die Mehrzahl der deutschen Schiedsrichter Vorschüsse für die Vergütung, und die Schiedsgerichtsparteien bezahlten diese Vorschüsse regelmässig mit dem Gefühl,

eine Rechtsverbindlichkeit zu erfüllen. Man könne auch § 17 RaGebO heranziehen. Dort sei dem Rechtsanwalt, dem Vertreter einer Partei, im Streit ein Vorschussrecht zugebilligt. Der Schiedsrichter könne als Vertreter beider Parteien angesehen werden, als beider Vertrauensmann, der den Streit für beide zu Ende führe und die widerstreitenden Interessen ausgleichen solle. Noch ähnlicher sei die Stellung des Notars, dem gleichfalls ein Gebührenvorschussanspruch zustehe 21).

3. Die gesetzlichen Regelungen der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution im Konkordat und in den Zivilprozessordnungen Zürichs und der übrigen Nichtkonkordatskantone

In § 247 seiner Zivilprozessordnung enthält Zürich, im Vergleich zum Konkordat und den anderen Nichtkonkordatskantonen, die differenzierteste und umfassendste Regelung der Prozesskostenkaution in der Schiedsgerichtsbarkeit.

Keine zivilprozessrechtliche Norm über die Sicherstellung der Prozesskosten von Schiedsgerichten enthalten die Prozessgesetze der Nichtkonkordatskantone Aargau, Glarus, Luzern und Uri. Der Auffassung folgend, dass die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter ein Auftrag oder auftragsähnlich sind bzw. einen nicht vertraglichen privatrechtlichen Quasikontrakt bilden, auf den per analogiam das Auftragsrecht zur Anwendung gelangt, und im Sinne der Ueberlegungen von oben 2. steht es den Mitgliedern von Schiedsgerichten in diesem Nichtkonkordatskantonen jedoch frei, die Sicherstellung ihrer Prozesskosten durch rein privatrechtliche Vorschüsse als Auftragsleistungen einzufordern. Freilich müssen sie dabei auf die Ausgestaltung dieses Vorschussanspruchs als prozessuale Last und Prozessvoraussetzung und mithin auf die Möglichkeit, den Vorschuss einseitig und voraussetzungslos in jedem Stadium des Schiedsverfahrens einfordern zu können, verzichten.

21) Vgl. Baumbach/Schwab S. 97/98.

A) Der Grundsatz der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution
Zürich, Appenzell A.Rh., Appenzell I.Rh., Thurgau, Zug und das Konkordat statuieren den Grundsatz, dass das Schiedsgericht für seine Prozesskosten eine Kaution verlangen kann. Dabei sprechen die Zivilprozessordnungen von Zürich im Mariginale zu § 247 sowie von Zug in § 123 Ziff. 7 von "Sicherstellung" und "Kaution zur Sicherstellung der Prozesskosten" bzw. von "Sicherstellung der Prozesskosten", jene von Appenzell I.Rh. in Art. 309 Abs. 1 und von Thurgau in § 222 vom "erforderlichen Vorschuss zur Deckung der Kosten", jene von Appenzell A.Rh. in Art. 271 Abs. 1 von "Kostenvorschüssen" und das Konkordat in Art. 30 Abs. 1 vom "Vorschuss für die mutmasslichen Verfahrenskosten". Diese Beispiele zeigen erneut, dass die Begriffe "Sicherstellung", "Kaution" und "Kostenvorschuss" synonym zu begreifen sind und die prozessuale Pflicht beinhalten, dass die Schiedsgerichtsparteien auf Verlangen des Schiedsgerichts die zur Deckung der mutmasslichen Prozesskosten erforderlichen Barmittel vorschiesen. Die Zivilprozessordnungen von Thurgau und Zug belassen es bei der Statuierung des Grundsatzes in § 222 bzw. § 123 Ziff. 7 und stellen keine näheren Vorschriften über die Prozesskostenkaution im Schiedsgerichtswesen auf.

B) Die Säumnisfolgen

Die Prozessgesetze von Appenzell I.Rh. und Appenzell A.Rh. kennen keine differenzierte Regelung der Säumnisfolgen, sondern bestimmen in Art. 309 Abs. 2 bzw. Art. 271 Abs. 1, dass das Schiedsgericht bei Nichtleistung des Vorschusses innert der angesetzten Frist die Behandlung der Sache bzw. jede Tätigkeit ablehnen könne. Darüber hinaus bestimmt Art. 309 Abs. 2 Satz 2 ZPO von Appenzell I.Rh., dass in diesem Falle innert zehn Tagen von der Ablehnung an beim ordentlichen Richter das Verfahren anhängig gemacht werden könne, wobei eine Verwirkung des Klagerechtes infolge Fristenablaufs nicht eintrete. Die ratio legis letzterer Bestimmung wird indessen nicht ganz klar.

Die Regelung der Säumnisfolgen in § 247 Abs. 2 Zürcher ZPO und Art. 30 Abs. 2 Konk. sind, abgesehen von geringfügigen verbalen Verschiedenheiten, identisch. Danach besteht bei

Nichtleistung des Vorschusses durch eine Partei der andern Partei die Wahl offen, entweder den gesamten Kostenvorschuss zu erbringen oder auf das Schiedsverfahren zu verzichten. Verzichtet sie, so sind die Parteien mit Bezug auf diese Streitsache nicht mehr an die Schiedsabrede gebunden. Diese Fassung von § 247 Abs. 2 Zürcher ZPO stellt gegenüber § 369 b Abs. 2 alt.ZPO eine Neuerung dar. Jene Bestimmung, die bei der Teilrevision des Zürcher Zivilprozessgesetzes 1935 ins Prozessrecht aufgenommen wurde 22) und die der bis zu jenem Zeitpunkt üblichen Handhabung der Prozesskostenkaution in der Schiedsgerichtsbarkeit entsprach 23), kannte eine Differenzierung der Säumnisfolgen nach Parteirollen: Leistete der Kläger die ihm auferlegte Kautions nicht, so wurde gemäss § 369 b Abs. 2 Verzicht auf die Anrufung des Schiedsgerichts angenommen; leistete der Beklagte die ihm auferlegte Kautions nicht, so konnte gemäss § 369 b Abs. 3 der Kläger sie an seiner Stelle leisten. Machte der Kläger von diesem Recht keinen Gebrauch, so konnte das Schiedsgericht gemäss § 369 b Abs. 4 Verzicht auf die Anrufung des Schiedsgerichts annehmen 24).

C) Das Rückgriffsrecht auf den Nichtleistenden und die Haftung der Kautions

Als einziges Schiedsrecht kennt die Zürcher ZPO in § 247 Abs. 3 die Vorschrift, dass das Schiedsgericht jener Partei, welche den gesamten Vorschuss geleistet hat, für den anstelle der Gegenpartei geleisteten Teilbetrag mit sofortigem Beschluss, der einem rechtskräftigen Urteil gleichkommt, ein Rückgriffsrecht einzuräumen hat. Dieses Rückgriffsrecht der ersatzweise leistenden Schiedsgerichtspartei entspricht dem Rückgriffsrecht des ersatzweise leistenden Klägers gemäss § 369 b Abs. 3 alt.ZPO.

Sodann räumt § 247 Abs. 4 Zürcher ZPO entsprechend § 369 b Abs. 5 alt.ZPO und Art. 271 Abs. 2 ZPO von Appenzell A.Rh. der obsiegenden Partei in jenem Teilbetrag ein Rückgriffsrecht ein,

22) Vgl. OS 35, 448.

23) Vgl. Sträuli/Hauser N 1 zu § 369 b); ZR 13 Nr. 7 S. 18.

24) Siehe im näheren dazu unten II. 3.

in welchem deren Kautionspflicht für die Kostenpflicht der unterlegenen Partei haftet und zur Bezahlung der Prozesskosten herangezogen wird. Das Konkordat enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, dass das Schiedsgericht die Kautionspflicht der obsiegenden Partei für den durch die Kautionspflicht der unterlegenen Partei nicht gedeckten Teilbetrag der Prozesskosten in Anspruch nehmen könne. Auch die Einräumung von Rückgriffsrechten durch Beschluss des Schiedsgerichtes oder im Schiedsspruch wurde nicht in den Konkordatstext aufgenommen 25).

D) Die zinsbringende Anlage grösserer Barvorschüsse

Schliesslich enthält § 247 Abs. 5 Zürcher ZPO die Vorschrift, dass grössere Barvorschüsse, soweit sie nicht für laufende Auslagen des Schiedsgerichtes benötigt werden, bei einer im Kanton Zürich niedergelassenen Bank zinsbringend angelegt werden sollen, wobei der Ertrag der kautionsleistenden Partei gutzuschreiben sei. Diese Vorschrift ist gegenüber § 369 b alt.ZPO neu in das Zürcher Zivilprozessgesetz aufgenommen worden und weder dem Konkordat noch den übrigen Nichtkonkordatskantonen bekannt 26).

II. Die einzelnen Aspekte der schiedsgerichtlichen Prozesskostenkautions

1. Die Höhe von Kautions- und Nachkautions- und die Anlage grösserer Barvorschüsse

A) Die Höhe von Kautions- und Nachkautions-

Die Bestimmung oder Ermittlung der Höhe einer schiedsgerichtlichen Prozesskostenkautions hat drei verschiedene Ausgangspunkte:

Zunächst steht es den Schiedsrichtern frei, hinsichtlich Höhe und Sicherstellung der Prozesskosten beliebige Bedingungen zu stellen. Da kein Privater gezwungen werden kann, ein ihm ange-tragenes Schiedsrichteramt auch anzunehmen, muss es ihm frei-

25) Siehe unten II. 4.

26) Siehe unten II. 1.

stehen, dessen Annahme von beliebigen Bedingungen abhängig zu machen 27). Doch beschränkt sich der Bestand dieses Rechtes nur auf den Zeitraum vor Uebernahme des Schiedsrichteramtes 28), und es muss davon ausgegangen werden, dass auch ihm die Grenze durch Sittlichkeit und Wucherverbot gezogen ist. Auf der andern Seite steht es den Schiedsgerichtsparteien frei, vor der Schiedsrichterernennung in der Schiedsabrede eine Vereinbarung hinsichtlich zu leistender Kautionshöhe zu treffen. Diesfalls wird man davon ausgehen müssen, dass Schiedsrichter, die gestützt auf diese Schiedsabrede ein Schiedsrichteramt übernommen haben, an eine solche Vereinbarung der Schiedsgerichtsparteien gebunden sind 29).

Sodann steht es den Schiedsrichtern nach Uebernahme des Schiedsrichteramtes nicht nur frei, auf die Einforderung einer Prozesskostenkaution zu verzichten, sondern es muss ihnen auch unbenommen sein, über die Höhe einer allenfalls verlangten Kautions mit den Schiedsgerichtsparteien eine Vereinbarung zu treffen. In analoger Anwendung der Grundsätze des Auftragsrechtes unterstehen Vereinbarungen zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter über Prozesskostenvorschüsse, wie Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Beauftragtem über Honorarvorschüsse, den nämlichen Beschränkungen wie Vergütungsvorschüsse 30).

Schliesslich aber sind die Schiedsrichter bei Einforderung von Prozesskostenkautionen nach Uebernahme des Schiedsrichteramtes, was in der Regel der normale Ablauf sein dürfte, nur befugt, sachlich gerechtfertigte, angemessene Prozesskostenvorschüsse einzufordern. Das gilt ohne weiteres auch für die Erhöhung von Vorschüssen durch nachträglich erhobene Kautions 31). Bei der Ermittlung dieser sachlich gerechtfertigten, angemessenen Höhe der Prozesskostenkaution ist analog auf die Grundsätze des Auftragsrechtes zurückzugreifen, gleichviel, ob die schiedsge-

27) Vgl. ZR 17 Nr. 9 S. 18.

28) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 4 zu § 247.

29) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 3 zu § 247 ; siehe oben § 5 II.

30) Vgl. Gautschi N 68 c) zu Art. 395, N 82 zu Art. 394.

31) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 4 zu § 247.

richtliche Prozesskostenkaution analog als Mandatsleistung aufgefasst oder dem Institut der obligationenrechtlichen Hinterlage zugeordnet werde. Denn im letzteren Fall müsste sich die Ermittlung der sachlich gerechtfertigten, angemessenen Kautionshöhe aus den Art. 472 ff. OR und aus den Grundsätzen der Hinterlegung als unmöglich erweisen. Für die Ermittlung der angemessenen Bevorschussung der schiedsgerichtlichen Prozesskosten mag als Vergleichsgrösse die als angemessen geltende Bevorschussung des Anwaltshonorars dienen. So nimmt Gautschi an, im Prozessführungsauftrag für Anwälte bestehe der angemessene Kosten- und Honorarvorschuss aus dem Geldbetrag, der voraussichtlich erforderlich sei, um die vom Gericht geforderte Kostendeckung und das dem Anwalt zukommende Honorar zu bezahlen 32). Diese Feststellung wiederum verweist für die Ermittlung der angemessenen Höhe von Prozesskostenvorschüssen in erster Linie auf das zwischen den Parteien vereinbarte Honorar, mangels einer diesbezüglichen Parteiabrede auf die Grundsätze zur Bemessung des üblichen oder angemessenen Honorars 33). Für die Beantwortung der Frage nach der sachlich gerechtfertigten, angemessenen Höhe schiedsgerichtlicher Prozesskostenkautionen lässt sich somit folgende Regel aufstellen: Die sachlich gerechtfertigte, angemessene Höhe einer ganzen Prozesskostenkaution setzt sich aus der Summe aller mutmasslichen Auslagen des Schiedsgerichts sowie der Honoraransprüche sämtlicher Mitglieder des Schiedsgerichts zusammen, die gemäss Honorarvereinbarung, bestehender Uebung oder auf Grund des Angemessenheitsprinzips errechnet und geschuldet sind. Die sachlich angemessene Schiedsgerichtskautionshöhe ist mithin eine hypothetische Grösse, da sie sich aus Teilsummen zusammensetzt, die zu Beginn eines Schiedsgerichtsverfahrens und oft auch während dessen Dauer nur annähernd geschätzt werden können. So macht die Bezifferung der Kautionshöhe bei Fehlen einer Honorarvereinbarung namentlich die genaue Kenntnis des Streit- oder Objektswertes zur Voraussetzung. Doch ist auch die Festlegung des mutmasslichen Zeitaufwandes für die Erledigung eines Schiedsstreites eine variable Grösse, die sich jederzeit

32) Vgl. Gautschi N 5 a) zu Art. 402.

33) Siehe oben § 14 II., III. und IV.

im Verlaufe des Verfahrens durch komplizierte und langwierige Tatsachenerhebungen verändern kann. Das gleiche gilt bei der Festlegung der mutmasslichen Auslagen des Schiedsgerichts, doch ist dieses Problem von untergeordneter Bedeutung, weil der Auslagenersatz in der Regel neben dem Honoraranspruch des Schiedsrichters lediglich einen bescheidenen Raum einnimmt. Schliesslich hängt die sachlich angemessene Bezifferung der Höhe des schiedsgerichtlichen Prozesskostenvorschusses nicht zuletzt von der Annahme ab, sämtlichen Mitgliedern des Schiedsgerichts erwachse durch richtige Ausführung des Schiedsrichteramtes ein Honoraranspruch. Dieser hypothetische Charakter der als sachlich gerechtfertigt und angemessen erscheinenden Höhe des schiedsgerichtlichen Prozesskostenvorschusses indiziert denn auch sogleich, dass es dem Schiedsgericht unbenommen sein muss, in jedem Stadium des Verfahrens eine Erhöhung des Prozesskostenvorschusses durch Nachkaution verlangen zu können. Die Einforderung von Nachkautionen kann mit der gleichen Androhung von Säumnisfolgen verbunden werden, wie sie bei der Erhebung der ursprünglichen Kautions angedroht werden können 34), nämlich dass bei Säumnis beider Parteien in der Bezahlung der eingeforderten Nachkaution der Schiedsrichter befugt sei, sein Schiedsrichteramt niederzulegen. Diese Konsequenz mag befremdend und stossend wirken im Hinblick darauf, dass ein Schiedsgerichtsverfahren, das schon weit gegen den Endentscheid hin gediehen ist, auf diese Weise abgebrochen wird und die Schiedsgerichtsparteien für die Verfolgung ihrer Rechtsansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen werden. Doch sind es namentlich zwei Ueberlegungen, welche auch diese Konsequenz als richtig erscheinen lassen: Einerseits ist darauf hinzuweisen, dass wesentliche Elemente für die Bemessung des sachlich gerechtfertigten, angemessenen Honorarvorschusses sich erst im Verlaufe des Schiedsverfahrens verwirklichen können, wie namentlich die gesicherte Kenntnis über den tatsächlichen Streit- oder Objektswert des Schiedsstreites 35) oder die Entwicklung eines zu Beginn des Prozesses normalen Gerichtsverfahrens zu einem langwierigen schwierigen Prozess, der mit mannigfaltigen Weiterungen

34) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 5 zu § 247.

35) Vgl. III. ZK 22. Mai 1964.

verknüpft ist. Zum andern kann es nicht im Sinne von § 247 ZPO liegen, dass das Schiedsgericht von beiden Parteien zu Beginn des Verfahrens bereits je eine Kautio-
nierung der ganzen mutmasslichen Prozesskosten verlangen kann, welche die ganzen mutmasslichen Prozesskosten abdeckt, so dass sie also mit insgesamt der doppelten Summe der mutmasslichen Prozesskosten sichergestellt sind 36). Fraglich bleibt indessen, ob das Schiedsgericht von jeder der Parteien je die Kautio-
nierung der ganzen Prozesskosten einverlangen kann, unter Einräumung des Rückgriffsrechtes gemäss § 247 Abs. 3 und 4 Zürcher ZPO. Für die Beantwortung dieser Frage sind Erkenntnisse, die oben unter § 11 gewonnen wurden, heranzuziehen. Die Schiedsgerichtsparteien, welche die Schiedsrichter gemeinsam ernennen, sie auf Grund einer zwischen Ihnen vereinbarten Ernennungsordnung bezeichnen oder bezeichnen liessen oder für welche die Schiedsrichter in Anwendung der gesetzlichen Ersatzerennungsordnung ernannt worden sind, haften auf Grund des obligationenrechtlichen Auftragsrechtes allen Mitgliedern des Schiedsgerichtes solidarisch für deren Honoraransprüche und Ansprüche auf Auslagenersatz. Das bedeutet mit andern Worten, dass das Schiedsgericht aus analoger Anwendung der Grundsätze des Privatrechtes berechtigt wäre, nach seinem Belieben nur von einer der Parteien die Begleichung der ganzen Prozesskosten einzufordern oder beide dafür in Anspruch zu nehmen. Die Leistung des einen hätte jeweils die Befreiung des andern gegenüber dem Schiedsgericht zur Folge. Nun weist aber das Zürcher Schiedsrecht das Schiedsgericht in § 249 ZPO an, unter Wahrung des Gleichberechtigungsprinzips von den Parteien je eine gleich hohe Kautio-
nierung der Prozesskosten einzufordern. Vergewärtigt man sich gleichzeitig die Funktion einer schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution, nämlich die Mitglieder des Schiedsgerichtes unabhängig von der Leistungsfähigkeit der Schiedsgerichtsparteien in ihren Honorar- und Auslagenersatzansprüchen sicherzustellen, so erfüllt die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution ihren Zweck, wenn, durch Einforderung von je der Hälfte der ganzen Prozesskostenkaution von jeder der Schiedsgerichtsparteien, das Schiedsgericht mit all seinen An-

36) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 5 zu § 247; Prot. EK S. 1259.

sprüchen gedeckt ist. Die sofortige Einräumung des Rückgriffsrechtes für den anstelle der Gegenpartei geleisteten Prozesskostenvorschuss bzw. für den Teil der Beanspruchung der Kautions der obsiegenden Schiedsgerichtspartei auf den Unterlegenen im Schiedsspruch stellt dabei sofort die Regressverhältnisse zwischen den solidarisch haftenden Schiedsgerichtsparteien klar. Wenn die vorliegende Arbeit mithin vom Grundsatz ausgeht, dass von den Schiedsgerichtsparteien, ursprüngliche Kautions und Nachkautions inbegriffen, nur je die Hälfte der gesamten mutmasslichen Prozesskosten vorzuschüssen ist - Leistung des ganzen durch eine Partei in Form von Ersatzleistung ausgenommen -, so darf dennoch nicht verkannt werden, dass jene Schiedsgerichtspartei, deren Kautions auch bei Obsiegen unter Einräumung des Rückgriffsrechtes zur Deckung der ganzen Kosten herangezogen wird, wohl Nachteile, wie etwa durch Zahlungsunfähigkeit der andern Schiedsgerichtspartei, riskiert. Der mit sofortigem Beschluss oder im Schiedsspruch eingeräumte Regress bietet dagegen keinen wirksamen Schutz. Diese Möglichkeit, trotz eingeräumtem Rückgriffsrecht auf den Nichtleistenden bzw. auf die unterlegene Schiedsgerichtspartei, bei deren Zahlungsunfähigkeit mit dem Regress zu Verlust zu kommen, muss daher wiederum zum Bereich jener kalkulierten Risiken gezählt werden, die ein Rechtssuchender eingeht, wenn er anstelle der ordentlichen Gerichte die Beurteilung seines Rechtsstreites durch ein Privatgericht wählt. Diese Risiken der Schiedsgerichtsbarkeit aber werden den Schiedsgerichtsparteien schon aus dem Wortlaut von § 247 Abs. 3 und 4 Zürcher ZPO klar, und sie haben als in Kauf genommen zu gelten, wenn sich Rechtssuchende dennoch für die Rechtsverfolgung auf dem Wege der Schiedsgerichtsbarkeit entscheiden.

B) Die zinsbringende Anlage grösserer Barkautions

Neu wurde gegenüber § 369 b alt.ZPO die Bestimmung in die revidierte Zürcher Zivilprozessordnung aufgenommen, dass grössere Barkautions, soweit sie nicht für laufende Auslagen des Schiedsgerichts benötigt werden, bei einer im Kanton Zürich niedergelassenen Bank zinsbringend anzulegen seien 37). Die

37) Vgl. § 247 Abs. 5 Zürcher ZPO.

Auffassung, dass die Einfügung dieser Bestimmung in die Vorschriften über die Prozesskostenkaution schon früher bestehender Praxis von Schiedsgerichten in Zürich entspreche, könnte durch den Hinweis des Zürcher Obergerichtes in ZR 72 Nr. 105 gestärkt werden, dass in der Regel Schiedsgerichte Kautionen grösseren Umfanges zinsbringend anzulegen pflegten 38). Das Protokoll über die Beratungen der kantonsrätlichen Kommission zur Vorlage 1773 betreffend das Verfahren im Zivilprozess, aus deren Reihen der Antrag auf Aufnahme einer Bestimmung über die zinsbringende Anlage grösserer Barkautionen in die Vorschrift über die Prozesskostenkaution erfolgte, zeigt jedoch, dass dieser Antrag nicht unumstritten war. Der Textvorschlag von § 248 Abs. 5 V = § 247 Abs. 5 ZPO lautete zunächst wie folgt:

"Grössere Barkautionen sollen nach Möglichkeit beim Kanton oder bei einer im Kanton Zürich niedergelassenen Bank zinsbringend angelegt werden, wobei der Ertrag der kautionspflichtigen Partei gutzuschreiben ist".

Das antragstellende Kommissionsmitglied begründete seinen Vorstoss damit, es stelle diesen Antrag, weil bei Schiedsgerichten von einer Bürgschaft oder Bankkaution nicht die Rede sei. Diese Argumentation lässt unmissverständlich erkennen, dass der Antragsteller durch die Aufnahme dieser Bestimmung in die Vorschrift über die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution zweifellos den Aspekt einer sichernden Funktion zum Schutze der Schiedsgerichtsparteien vor Einforderung ungerechtfertigt grosser Kautionen und deren ungetreuen Verwendung durch das Schiedsgericht im Auge hatte. Dass daneben auch das berechtigte Interesse kautionspflichtiger Schiedsgerichtsparteien, der Früchte grösserer Barbeträge nicht verlustig zu gehen und sie wenigstens zum Teil durch die zinsbringende Anlage ihrer Kautionsleistung gutgeschrieben zu erhalten, durch die Kautionsvorschrift auch miterwahrt ist, entspricht einer weiteren Wirkung von § 247 Abs. 5 ZPO. Ob die Vorschrift allerdings dem

38) ZR 72 Nr. 105 S. 265/266; Das Protokoll der Beratungen der kantonsrätlichen Kommission, 35. Sitzung, vom 13. September 1973, numeriert die ersten zwei Seiten je mit den Zahlen 691. Die für die Frage der zinsbringenden Anlage von grösseren Barkautionen wichtige Seite wird im folgenden als "Prot. KK S. 691/1" bezeichnet.

legitimen Schutzinteresse der Schiedsgerichtsparteien, welches eindeutig im Vordergrund stehen dürfte, entgegenkommt, erscheint einigermaßen als fraglich. An der Hingabe der Kautions in Form von Barbeträgen zu Eigentum - sei es nun als auftragsrechtlicher Vorschuss und mithin als Mandatsleistung oder als "depositum irregulare" - ändert die Vorschrift der zinsbringenden Anlage nichts, und deren ungetreue Verwendung oder ungerechtfertigte Zurückbehaltung setzt die Schiedsgerichtsparteien gleichwohl in die Lage, dessentwegen eventuell den Rechtsweg beschreiten zu müssen. Auch das Interesse der Schiedsgerichtsparteien, durch die zinsbringende Anlage ihrer Barkautions nicht völlig deren Zinsertrag verlieren zu müssen, kann durch die Vorschrift nur zum Teil gewahrt werden. Das Schiedsgericht wird aus dem Grunde, bei plötzlicher Erledigung des Schiedsverfahrens rasch auf die Kautions greifen zu können oder aus anderen Gründen schnell über das Geld verfügen können zu müssen, eine Anlageform wählen, welche die rascheste Möglichkeit zur Auslösung des Geldes bietet. Solche Anlageformen aber, wie beispielsweise Depositenkonti, sind regelmässig mit dem Nachteil geringen Zinsertrages verbunden. Der Argumentation des Antragstellers und der folgenden Aenderung des Wortlauts der Bestimmung:

"Soweit sie nicht für laufende Auslagen des Schiedsgerichts benötigt werden, sollen grössere Barkautions nach Möglichkeit bei einer im Kanton Zürich niedergelassenen Bank ...",

setzte das Mitglied der Expertenkommission, Dr. Messmer, in seinem Votum entgegen: "Die Situation ist anders als bei § 80 (V). Dass es eine Sollvorschrift ist, die erst noch "nach Möglichkeit" angewendet werden soll, macht die Bestimmung sehr engmaschig. Das Schiedsgericht lebt vom Vertrauen in die Schiedsrichter, was es nahe legt, dass sich die Parteien über die Anlage mit den Schiedsrichtern selbst verständigen". Nachdem aus dem Wortlaut der Bestimmung § 248 Abs. 5 V noch die Worte "nach Möglichkeit" gestrichen worden waren, wurde ihre Aufnahme in das Gesetz durch die kantonsrätliche Kommission mit 9 zu 6 Stimmen beschlossen 39).

39) Vgl. Prot. KK 691/1.

Die Gesetzesvorschrift spricht allgemein von "im Kanton Zürich niedergelassenen Banken", ohne eine Auswahl unter den zur Frage stehenden Instituten zu treffen. Sodann hat sich der Gesetzgeber damit beschieden, von "grösseren Barkautionen" zu sprechen. Von welcher Höhe an Barkautionen durch ein Schiedsgericht anzulegen sind, muss daher die Praxis beantworten, denn es bieten sich aus keiner anderen Sparte des Rechtes Institute an, deren analoge Anwendung diesbezüglich eine Antwort zu geben vermöchten. Stellt man bei der Beurteilung dieser Frage jedoch die sichernde Funktion von § 247 Abs. 5 ZPO in den Vordergrund, so wäre anzunehmen, dass Barkautionen sehr bald jene Grösse erreichen, welche das Schiedsgericht zur zinsbringenden Anlage verpflichtete. Gemäss § 247 Abs. 5 ZPO ist der Ertrag der zinsbringend angelegten Barkaution der kautionspflichtigen Partei gutzuschreiben. Diese prozessgesetzlich normierte Regelung, die Zinsertragnisse der angelegten Kaution der kautionspflichtigen Partei gutzuschreiben, entspricht sowohl der analog zur Anwendung gebrachten Bestimmung von Art. 475 Abs. 1 OR betreffend das Hinterlegungsrecht, wie dem analog angewendeten Auftragsrecht, wonach die aus Honorarvorschüssen tatsächlich bezogenen Früchte und Zinsen Gegenstand der Ablieferungspflicht nach Art. 400 OR bilden (40). Dabei könnte allerdings die Frage auftauchen, ob die Zinsen der ersatzweise geleisteten Kaution dem Ersatzleistenden oder der nicht leistenden Gegenpartei, für welche die Ersatzkaution vom Leistenden quasi als Drittem geleistet wurde, gutzuschreiben sei. Diese Frage hat ZR 72 Nr. 105 zurecht verneint: Ein allfälliger Rückerstattungsanspruch aus der Hinterlage - bzw. ein Ablieferungsanspruch aus Vorschuss als Mandatsleistung - stehe dem Hinterleger - bzw. dem leistenden Auftraggeber - auch dann zu, wenn die von ihm ersatzweise geleistete Kaution prozentual als solche des Beklagten - bzw. der nicht leistenden Gegenpartei - zu betrachten sei. Fragen könne sich höchstens, ob mit der Einräumung des Rückgriffsrechtes nach § 369 b - bzw. § 247 Abs. 3 rev.ZPO - die Rechte an der Hinterlage - bzw. am Vorschuss als Mandatslei-

40) Vgl. ZR 72 Nr. 105 S. 265/266; Gautschi N 4 b) zu Art. 402.

stung - auf den Schuldner übergangen, für den die andere Partei die Kautionsleistung gleichsam als Dritter geleistet habe. In dieser Beziehung sei aber zu beachten, dass der Kläger - bzw. die ersatzweise leistende Partei - durch die Zuerkennung des Regressanspruches zwar den Anspruch für eine Ausgleichung der ersatzweise geleisteten Sicherheit erhalte, seine Leistung aber erst voll rückerstattet werde, wenn der Beklagte - bzw. die nicht leistende Partei - die Rückgriffsschuld getilgt habe. Die Annahme des Uebergangs des Rückgriffsanspruchs auf den Beklagten - bzw. die nicht leistende Partei - nach Art der gesetzlichen Subrogation könne daher zwingend erst für diesen Zeitpunkt angenommen werden 41).

2. Die Rechtsmittel gegen die Auflage von Kautions- und Nachkautionsleistung

Allgemein fallen als Rechtsmittel gegen Entscheide von Schiedsgerichten der Rekurs, die Nichtigkeitsbeschwerde, die Revision, die Erläuterung, die Wiedererwägung sowie die Berichtigung wegen offensichtlicher Versehen in Betracht.

Der Rekurs, welcher gegen den Kompetenzentscheid des Schiedsgerichts gestützt auf § 241 Abs. 2 ZPO erhoben werden kann, und die Revision im Sinne von § 255 Abs. 1 ZPO stehen dabei für die Anfechtung prozessleitender Entscheide, als welche auch Kautions- oder Nachkautionsauflagen von Schiedsgerichten aufzufassen sind, nicht zu Gebote.

Dagegen erscheinen die Erläuterung, die Wiedererwägung und die Berichtigung offensichtlicher Versehen von prozessleitenden Entscheiden von Schiedsgerichten sowohl nach altem wie nach revidiertem Zivilprozessrecht von Zürich als zulässig 42).

Die Zulässigkeit des Erläuterungsbegehrens lässt sich auf zwei verschiedene Grundlagen abstützen: Verfährt das Schiedsgericht nach den Grundsätzen des Zürcher Zivilprozessrechtes, so ergibt sie sich aus den §§ 152 - 155 GVG. Für andere Schieds-

41) Vgl. ZR 72 Nr. 105 S. 265/266.

42) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 3, 4 und 5 zu § 255.

gerichte ist die allgemeine Gültigkeit des Prinzips ausschlaggebend, dass Unklarheiten und Widersprüche behoben werden können müssen.

Dagegen ist die Zulässigkeit der Wiedererwägung gegen prozessleitende Entscheide dahin einzuschränken, dass sie nur bei Entscheiden Platz greifen kann, die aus besonderen Gründen unabänderlich sind.

Ebenfalls aus Gründen der Allgemeingültigkeit des Prinzips muss schliesslich auch die Berichtigung offensichtlicher Versehen wie Schreibfehler, Rechnungsirrtümer oder irriger Bezeichnung der Parteien gemäss § 166 GVG möglich sein.

Von wesentlich entscheidenderer Bedeutung ist jedoch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen gegen prozessleitende Entscheide von Schiedsgerichten auch eine Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 255 Abs. 1 ZPO gegeben sei. Das alte Zürcher Schiedsrecht lehnte allgemein die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen prozessleitende Entscheide von Schiedsgerichten ab 43). Im besonderen wurde diese Ablehnung von Rechtsmitteln gegen prozessleitende Schiedsgerichtsentscheide in Form der Auflagen von Kautionen und Nachkautionen wiederholt 44), was beispielsweise in ZR 17 Nr. 9 mit folgender strengen Auffassung gerechtfertigt wurde: "Bei der zu Beginn des Verfahrens, wie üblich, erfolgenden Kautionierung des Kostenvorschusses muss aus dem gleichen Grunde (nämlich der fehlenden Verpflichtung einer Privatperson, ein ihr angetragenes Schiedsrichteramt übernehmen zu müssen) den Schiedsrichtern das Recht zugestanden werden, den Vorschuss nach Willkür auszumessen; den Parteien kommt es nicht zu, sich zu beschweren, wenn sie meinen, dass die Schiedsrichter im voraus ein übermässiges Honorar zu berechnen gedenken oder aus einem anderen Grunde den Vorschuss zu

43) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 7 zu § 255; Sträuli/Messmer N 3 zu § 282.

44) Vgl. Sträuli/Hauser N 1 zu § 369 b.

hoch bemessen" 45). Im Hinblick auf die Erhöhung von Vorschüssen während des Verfahrens und deren Sicherstellung durch Kautionen sieht der gleiche Entscheid indessen eine Beschwerde disziplinarischer Natur im Sinne von § 371 alt.ZPO = § 245 rev.ZPO vor, indem ausgeführt wird: "Anders, wenn im Laufe des Verfahrens ein Nachschuss verlangt wird. In einem solchen Verlangen kann sich die Absicht verbergen, sich hinterher der übernommenen Aufgabe des Schiedsrichters zu entledigen, und wenn sich diese Absicht erkennen lässt, kann jener § 371 Z.P.O. angewendet werden".

Bei der Revision der Zürcher Zivilprozessordnung wurde die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde auch gegen prozessleitende Entscheide der Schiedsgerichte in das Gesetz aufgenommen, zunächst allerdings nur unter der einen eingeschränkten Voraussetzung: "Gegen prozessleitende Entscheide des Schiedsgerichts ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig, wenn ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht" 46). Das Expertenkommissionsmitglied Messmer bezog gegen diese Formulierung allerdings Stellung mit den Worten: Weshalb bezüglich prozessleitender Entscheide die Voraussetzungen für die Nichtigkeitsbeschwerde anders sein sollten als nach § 344 alt.ZPO sei nicht einzusehen. Die Ersparnis grosser Umtriebe und Kosten rechtfertige hier die vorzeitige Anrufung der Kassationsinstanz 47). Die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde auch gegen prozessleitende Entscheide des Schiedsgerichts ist denn auch nur unter den eingeschränkten Voraussetzungen des § 282 ZPO gegeben, wenn also durch die sofort eingeräumte Nichtigkeitsbeschwerde ein schwer wiedergutzumachender Nachteil abgewendet werden kann oder grosse Umtriebe und Kosten vermieden werden können 48). So wurde während der

45) Vgl. ZR 17 Nr. 9 S. 18 Sp. 2. Dieser strengen Auffassung ist allerdings entgegenzusetzen, dass nach heute herrschender Auffassung dem Schiedsrichter nur vor Mandatsannahme gestattet sein kann, den Kostenvorschuss nach Willkür festzusetzen, dass ihm nach Mandatsannahme aber nur gestattet sein kann, sachlich gerechtfertigte, angemessene Vor- oder Nachschüsse einzufordern. Siehe auch oben 1. A).

46) Vgl. Prot. EK S. 493 zu § 369 Abs. 2 VE.

47) Vgl. Prot. EK S. 968 Votum Messmer zu § 369 VE.

48) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 7 zu § 255.

Beratungen der kantonsrätlichen Kommission vom Sprecher der Expertenkommission denn auch darauf hingewiesen, anders als bisher werde aus Gründen der Prozessökonomie die Nichtigkeitsbeschwerde auch gegen Zwischenentscheide im Sinne von § 283 (V) zugelassen 49). Und Wiget führt aus, die Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Zwischenentscheide der Schiedsgerichte rechtfertige sich durch die damit ermöglichte Beschleunigung des Verfahrens (§ 282 Ziff. 2 ZPO) und durch die Notwendigkeit, schwer wiedergutzumachende Nachteile zu verhindern (§ 282 Ziff. 1 ZPO) 50). Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen prozessleitende Schiedsgerichtsentscheide, mit welchen Kautionen oder Nachkautionen erhoben werden sollen, finden ihre Rechtfertigung jedoch primär in der Erfüllung der Voraussetzung, dass dadurch schwer wiedergutzumachende Nachteile der Schiedsgerichtsparteien verhindert werden können. Schwerer lassen sich dagegen Fälle denken, in welchen die Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde die beförderliche Durchführung des Schiedsgerichtsprozesses im Sinne gewünschter Prozessökonomie bewirken. Die Voraussetzung des schwer wiedergutzumachenden Nachteils ist erfüllt, wenn der Nichtigkeitskläger in seinen materiellen oder prozessualen Rechten einen Nachteil oder Schaden erleidet, oder wenn solche Nachteile eintreten drohen, Nachteile oder Schäden, die durch einen dem Nichtigkeitskläger günstigen Endentscheid nicht mehr oder nicht mehr vollständig behoben werden können 51). Wenn angenommen wird, dass ein solcher Nachteil oder Schaden dadurch verwirklicht werden kann, dass die Kautionspflicht einer Partei in einem prozessleitenden Entscheid bejaht oder abgelehnt wird 52), so muss das auch für den Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit hinsichtlich Auflagen von Kautionen oder Nachkautionen gelten, mit welchen sachlich ungerechtfertigte, unangemessene Vor- oder Nachschüsse einverlangt werden. Denn es steht ausser Frage, dass die Einforderung zu hoher schiedsgerichtlicher Prozesskostenvorschüsse die materiellen Rechte des

49) Vgl. Prot. KK S. 269 Votum Messmer zu § 256 V.

50) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 10 zu § 255.

51) Vgl. Sträuli/Messmer N 6 zu § 282.

52) Vgl. Sträuli/Messmer N 8 zu § 282 und dortige Zitate.

oder der Kautionspflichtigen berühren und mit drohenden Nachteilen oder Schäden verbunden sein können, die sich in wirtschaftlichen Verlusten durch Entzug wesentlicher Barmittel während der Dauer des Schiedsgerichtsverfahrens manifestieren. Dass solche Nachteile auch nach einem für den Nichtigkeitskläger günstigen Endentscheid nicht mehr oder nicht mehr vollständig behoben werden können, wird ohne weiteres klar, wenn sie sich als entgangener Gewinn zufolge verlorenen Zins- oder Früchteertrags oder als erlittenen Schaden zufolge Liquiditätsverlust darstellen. Darüber hinaus birgt die sachlich ungerechtfertigte, unangemessene Höhe einer schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution für die unterlegene wie die obsiegende Schiedsgerichtspartei die in der Zukunft liegende Gefahr in sich, einen kaum wiedergutmachenden Nachteil oder Schaden dadurch zu erleiden, dass um jenen Teil des Kostenvorschusses, welcher das sachlich gerechtfertigte, angemessene Mass überschreitet und welcher vom Schiedsgericht ungerechtfertigterweise auch als Honorar zurückbehalten wird, ein Rechtsstreit geführt werden muss.

Im übrigen gilt für die Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen prozessleitende Entscheide allgemein, wie auch gegen Auflagen schiedsgerichtlicher Prozesskostenvorschüsse im besonderen, dass ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 - 3 zu behaupten ist 53). Dabei ist im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen schiedsgerichtliche Prozesskostenentscheide die Verwirklichung aller drei Nichtigkeitsgründe möglich: So wird eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 etwa dann gegeben sein, wenn unter Missachtung des in der Schiedsgerichtsbarkeit gemäss § 249 Abs. 1 ZPO geltenden Gleichstellungsprinzips die schiedsgerichtliche Prozesskostenkaution nur von einer Partei bzw. wenn von ihr ein höherer Vorschuss einverlangt wird als von der Gegenpartei. Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine solche schiedsgerichtliche Prozesskostenkautionsauflage stellt übrigens einen jener eher seltenen Fälle dar, in welchem auch der Aspekt der Prozessökonomie zu Tage tritt. Denn es wäre einigermassen prozessunökono-

53) Vgl. Sträuli/Messmer N 15 zu § 282.

misch und mit erheblichen Umtrieben oder Kosten verbunden, wenn der umschriebene Verfahrensmangel erst in einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Endentscheid gerügt würde, womit das ganze Schiedsgerichtsverfahren wegen Verletzung eines zwingenden Verfahrensgrundsatzes hinfällig würde.

Als auf einer aktenwidrigen willkürlichen tatsächlichen Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO beruhend kann sich sodann etwa ein Kautionsauflageentscheid erweisen, der unter Missachtung des Aktenmaterials von einem falschen, zu hohen Streit- oder Objektswert ausgeht.

Den breitesten Raum wird jedoch die Anrufung des Nichtigkeitsgrundes von § 281 Ziff. 3 ZPO einnehmen, nämlich, dass durch die Auflage einer sachlich ungerechtfertigten, unangemessenen schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution klares materielles Recht verletzt sei. Die Verletzung klaren materiellen Rechtes ist im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO nicht nur bei Verletzung der Vorschriften von Gesetzen im formellen Sinne gegeben. Vielmehr liegt sie nach bisheriger Praxis auch immer dann vor, wenn eine Norm des objektiven Rechts als verletzt erscheint, gleichgültig, ob sie in der Verfassung, im Gesetz, in einer Rechtsverordnung, einer Gemeindeordnung, in Staatsverträgen oder Konkordaten, im Kollisionsrecht oder in Staatsverträgen enthalten ist. Dabei wird kein Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht, zwischen kantonalem, eidgenössischem oder auch ausländischem Recht gemacht. Es muss sich aber um klares Recht handeln, das indessen nicht positiv normiert zu sein braucht, sondern sich auch in Rechtsgrundsätzen verwirklichen kann, die sich aus dem Zusammenhang der ganzen Rechtsordnung oder aus bewährter Lehre und Ueberlieferung gemäss Art. 1 ZGB ergeben. Um groben Verstössen und Irrtümern bei der Anwendung dieses materiellen Rechts Abhilfe zu schaffen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegeben. Denn im Gegensatz zur Berufung, welche die Durchsetzung der Rechtseinheit anstrebt, dient sie der Vermeidung offenkundiger schwerer Irrtümer bei der Rechtsanwendung 54). In diesem Sinne erscheint auch der Nichtig-

54) Vgl. Sträuli/Messmer N 43, 44, 45 ff. und dortige Zitate zu § 281.

keitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO wegen Verletzung klaren materiellen Rechts gegeben, wenn bei der prozessgesetzlich zulässigen Auflage sachlich gerechtfertigter, angemessener Vor- und Nachschüsse im Schiedsgerichtsverfahren die für deren Bemessung analog anzuwendenden Grundsätze des Auftragsrechtes gröblich verletzt sind. So kann sich die Nichtigkeitsbeschwerde gegen prozessleitende Entscheide des Schiedsgerichts und mithin gegen die Auflage von Prozesskostenvorschüssen als wirksames Instrument zum Schutze der Schiedsgerichtsparteien erweisen, wenn es darum geht, sich gegen sachlich ungerechtfertigte, unangemessen hohe Vor- oder Nachschüsse im Schiedsgerichtsverfahren zur Wehr zu setzen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 255 Abs. 1 ZPO ist zulässig gegen Entscheide von Schiedsgerichten mit Sitz im Kanton Zürich. Diese Feststellung behält Gültigkeit, gleichviel, ob die Schiedsgerichtsparteien im Ausland wohnen, die Verhandlungen des Schiedsgerichts im Hoheitsgebiet des Kantons Zürich stattgefunden haben oder das Schiedsgericht nach einer fremden Verfahrensordnung prozediert hat 55). Das Recht, eine Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben, kann den Schiedsgerichtsparteien nicht entzogen werden. Es bleibt als wesentlicher Verfahrensgrundsatz des Zürcher Schiedsrechtes auch dann bestehen, wenn von den Schiedsgerichtsparteien oder vom Schiedsgericht als Verfahrensordnung die BZPO oder eine beliebige andere Schiedsordnung gewählt wurde, wonach gegen schiedsgerichtliche Erkenntnisse keine kantonalen oder überhaupt keine Rechtsmittel zulässig sind. Auch ein von den Schiedsgerichtsparteien im voraus geleisteter Verzicht auf Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde, wie etwa in der Schiedsabrede, bleibt unwirksam und ist nicht gültig. Die Frist für die Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen prozessleitende Entscheide eines Schiedsgerichts beträgt zehn Tage ab Mitteilung des Dispositivs oder der schriftlichen Begründung. Wurde der Kautionsentscheid oder eine andere prozessleitende Entscheidung vom Schiedsgericht mündlich eröffnet, so läuft die Frist ab mündlicher Eröffnung 56).

55) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 7 zu § 255.

56) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 8 zu § 255.

Zuständig für die Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde ist das Obergericht. Ist die Nichtigkeitsbeschwerde begründet, so hebt die Kassationsinstanz den angefochtenen Entscheid gemäss § 291 ZPO auf. Bei Gutheissung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen den prozessleitenden Entscheid einer Kautionsauflage erscheint dabei die Kompetenz des Obergerichtes zur Fällung eines eigenen Entscheides gemäss § 291 1. Satz ZPO nicht gegeben. Vielmehr hat eine Rückweisung der Frage zur Verbesserung und Neubeurteilung an die Schiedsgerichtsinstanz zu erfolgen. Dabei ist das Schiedsgericht an die Rechtsauffassung gebunden, welche die Kassationsinstanz ihrem Rückweisungsentscheid zugrundegelegt hat 57).

3. Die Androhung der Säumnisfolgen

Im Zusammenhang mit der Untersuchung der Frage, welche Androhung von Säumnisfolgen mit der Auflage von schiedsgerichtlichen Prozesskostenkautionen verbunden werden kann sind einige bereits gewonnene Erkenntnisse, einige bereits angetönte Gedanken zu wiederholen:

Zunächst sei in Erinnerung gerufen, dass Schiedsgerichtsprozesse Prozesse vor Privatgerichten sind und ihre Finanzierung daher nicht Sache des Staates ist wie bei ordentlichen Gerichten, sondern den Schiedsgerichtsparteien obliegt. Dabei sind die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses, abgesehen von Barauslagen für Beweisverhandlungen, Zustellgebühren und dergleichen, identisch mit den Ansprüchen sämtlicher Mitglieder eines Schiedsgerichts auf Honorierung und Auslagenersatz gemäss Art. 394 Abs. 3 und Art. 402 Abs. 1 OR. Diese Feststellung ist vorerst wesentlich dafür, dass im schiedsgerichtlichen Verfahren keine der Schiedsgerichtsparteien einen Anspruch auf Prozesskosten im Armenrecht und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Sinne von § 84 und § 87 Zürcher ZPO hat 58). Wenn im ordentlichen Gerichtsverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen möglich ist,

57) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 9 zu § 255.

58) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 1 zu § 247; Sträuli/Hauser N 1 zu § 369 b; ZR 27 Nr. 27 S. 50/51; 36 Nr. 8 S. 15 ff.

so entspricht das der Wahrung des Rechtsschutzinteresses des Bürgers, denn es käme einer Rechtsverweigerung durch Verletzung der Fundamentalregel des Art. 4 BV gleich, wenn einem Rechtssuchenden seiner Mittellosigkeit wegen der Rechtsweg versagt bleiben müsste. Die Wahrung des Rechtsschutzinteresses des Bürgers und das grundsätzliche Verbot jeglicher Rechtsverweigerung gilt uneingeschränkt aber auch im Schiedsgerichtsprozess. Da dem Schiedsgericht aber nicht zugemutet werden kann, durch Gewährung des Armenrechtes Gefahr zu laufen, bei Unterliegen der im Armenrecht prozessierenden Partei ganz oder teilweise auf sein Honorar zu verzichten oder die Entschädigung eines unentgeltlich bestellten Rechtsbeistandes auf seine Kasse zu nehmen, weil andererseits eine Auflage dieser Kosten auf die obsiegende Partei auch nicht in Frage käme 59), folgt zwingend, dass die Nichtleistung einer Kautionszufolge Mittellosigkeit in keiner Art mit Rechtsverlust verbunden sein darf. Der Schiedsgerichtspartei, welche die Voraussetzung erfüllt, um im Armenrecht prozessieren zu können, muss durch geeignete Androhung bei der Kautionsauflage der ordentliche Rechtsweg geöffnet werden, wenn nicht die Gegenpartei eine entsprechende Ersatzkautionsleistung leistet. Darüber hinaus steht es dem Schiedsgericht allerdings frei, die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und damit im voraus auf seine Honorierung einen bedingten Verzicht zu leisten, bedingt dadurch, dass bei Unterliegen der armengenössigen Partei im Prozess das Schiedsgericht seines Anspruchs auf Honorierung und Auslagenersatz verlustig geht.

Auch im weiteren lässt § 247 Zürcher ZPO dem Schiedsgericht jede Freiheit, die Schiedsgerichtsparteien mit der prozessualen Last einer Prozesskostenkautions zu beschweren, und es steht ihm weiter frei, diese prozessuale Last durch geeignete, gesetzlich zulässige Androhungen für den Säumnisfall mit der Wirkung einer Prozessvoraussetzung zu versehen oder die Kautionsauflage nicht mit einer Androhung zu verbinden. Eine Kautionsauflage ohne entsprechende Androhung für den Säumnisfall erschiene indessen wenig sinnvoll. Sodann ist das Schiedsgericht bei Nichtleistung einer mit Säumnisfolgen bedrohten Kautions-

59) Vgl. ZR 36 Nr. 8 S. 16 Sp. 2.

auflage auch nicht gezwungen, androhungsgemäss zu verfahren. Vielmehr steht es ihm frei, der prozessualen Last der Prozesskostenkautionierung die Wirkung einer Prozessvoraussetzung zu nehmen und auch bei Nichtleistung einer mit Säumnisfolgen bedrohten Kautionsauflage weiter zu amten, denn: "Die Nichtleistung des Kostenvorschusses entzieht dem mit Zustimmung beider Parteien bestellten Schiedsrichter nicht die Kompetenz, über den bei ihm anhängig gemachten Streit zu entscheiden" 60). So kann sich das Schiedsgericht auch mit der Kautionsauflage nur einer Partei begnügen oder von dieser Nachkaution verlangen, und es ist frei, ob es nach § 247 Abs. 2 und 3 ZPO verfahren will oder nicht 61). Diese Ueberlegungen zeigen, dass die oben unter I. 1. gemachte Feststellung, die Auflage einer schiedsgerichtlichen Prozesskostenkaution stelle als solche eine Prozessvoraussetzung dar, dahin präzisiert werden muss, dass es dem Schiedsgericht frei steht, durch die geeignete Androhung von Säumnisfolgen und durch androhungsgemässes Vorgehen bei Nichtleistung, der Kautionsauflage die Wirkung einer tatsächlichen Prozessvoraussetzung zu verleihen. Verfährt das Schiedsgericht bei nicht gebührend geleisteter Kautionsauflage aber androhungsgemäss und amtet nicht weiter, so sind die aufgelaufenen Kosten in der Regel den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, denn: Wer ein Schiedsverfahren wählt, muss ohne weiteres damit rechnen, dass er die Kosten des Verfahrens wird voranschliessen müssen. Er nimmt deshalb mit dem Vertragsschluss auch die Verpflichtung auf sich, das Schiedsgerichtsverfahren durch Leistung eines Kostenvorschusses zu ermöglichen. Und das gilt für beide Parteien 62).

Die Kautionsauflage ist für beide Schiedsgerichtsparteien die gleiche. Wohl spricht sich § 247 Zürcher ZPO weder darüber aus, wer die Kosten vorzuschliessen habe und wie hoch die Kautionsleistung jeder Partei sein soll, doch weist der schiedsgerichtliche Grundsatz der Gleichstellung der Schiedsgerichtsparteien

60) Vgl. ZR 27 Nr. 26 S. 50 Sp. 2.

61) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 4 zu § 247.

62) Vgl. ZR 36 Nr. 8 S. 16/17; Sträuli/Messmer/Wiget N 4 zu § 247; Sträuli/Hauser N 5 zu § 369 b.

teien in § 249 Abs. 1 Zürcher ZPO das Schiedsgericht an, jede Partei mit der gleichen Kautionspflicht zu belegen. So bringt der Wortlaut von § 247 rev. ZPO das Gleichstellungsprinzip namentlich hinsichtlich Androhung gegenüber § 369 b alt.ZPO deutlicher zum Ausdruck. Doch wurde bereits in der Praxis zu alt.ZPO 369 b die nach heutigem Wortlaut des Zivilprozessgesetzes geltende Gleichstellung der Schiedsgerichtsparteien deutlich zum Ausdruck gebracht. Die Aenderung im Wortlaut gegenüber § 369 b alt.ZPO und die Angleichung an Art. 30 Konk., dass nämlich jede Partei, also auch der Beklagte, für die nichtleistende Gegenpartei Ersatzkaution leisten könne, beruht auf einem Antrag des Obergerichts, indem dieses in seiner Vernehmlassung zum Entwurf der Expertenkommission darauf hinwies: Im Sinne der Gleichbehandlung und entsprechend dem interkantonalen Konkordatsentwurf solle diese Möglichkeit (der Leistung von Ersatzkautionen) für beide Parteien bestehen. Auch der Beklagte habe unter Umständen ein Interesse daran, dass das Schiedsgericht entscheide 63). Auch die Praxis zu alt.ZPO 369 b betont das Recht des Beklagten, die Abschreibung des Schiedsverfahrens wegen Nichtleistung der Kaution durch den Kläger abzuwenden, wenn er analog zu Abs. 3 und 4 von § 369 b alt.ZPO für den Kläger kautioniere 64). Diese Praxis wurde in ZR 48 Nr. 163 wie folgt begründet: Die Regelung, die das Schiedsgerichtsverfahren (in § 369 b alt.ZPO) gefunden habe, sei ohnehin lückenhaft und bedürfe der sinngemässen Ergänzung durch analoge Anwendung anderer Normen. Daher müsse es auch als zulässig erachtet werden, dass der Schiedsrichter dem Beklagten Gelegenheit gebe, die Kaution anstelle des Klägers zu leisten um zu vermeiden, dass der Schiedsrichter Verzicht auf seine Anrufung annehme 65). Das Bundesgericht bestätigte diese Auffassung 66), schränkte ihre Gültigkeit aber ausdrücklich auf die Fälle ein, in denen die Klagepartei zufolge Mittellosigkeit nicht in der Lage sei zu kautionieren. Dagegen haben sowohl die Redaktoren des Konkordats

63) Vgl. Vernehmlassung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. März 1969, S. 67 zu § 243 E.

64) Vgl. Sträuli/Hauser N 2 zu § 369 b.

65) Vgl. ZR 48 Nr. 163 S. 320.

66) Zit. Anm. 65.

in Art. 30 Konk., wie der Zürcher Gesetzgeber in § 247 Zürcher ZPO davon abgesehen, die Gleichbehandlung von Kläger und Beklagtem hinsichtlich Kautionsauflage und der damit anzudrohenden Säumnisfolgen von dieser oder einer andern Voraussetzung abhängig zu machen. Ebenfalls beseitigt wurde durch die Neuordnung der Kautionspflicht in § 247 Zürcher ZPO die Unklarheit, ob die Säumnis in der Kautionsleistung nur einen Verzicht auf das eingeleitete Verfahren bedeute oder zum Wegfall der Schiedsabrede und damit zur Oeffnung des ordentlichen Prozessweges führe 67). Heute ist klar, dass gemäss § 247 Abs. 2 Zürcher ZPO bei Säumnis einer Partei in der Kautionsleistung und bei gleichzeitigem Verzicht der Gegenparte, ersatzweise den gesamten Vorschuss zu erbringen, die Schiedsgerichtsparteien hinsichtlich dieser Streitsache nicht mehr an die Schiedsabrede gebunden sind. Doch war diese Konsequenz des Erlöschens der Schiedsabrede, namentlich bei Mittellosigkeit des Klägers, auch schon laut Praxis zu § 369 b alt.ZPO gegeben: Nämme der Schiedsrichter bei Nichtleistung der Kautionsleistung durch den mittellosen Kläger (bzw. die mittellose Partei) lediglich den einstweiligen Verzicht des Beklagten (bzw. der leistenden Gegenparte, welche aber keine Ersatzleistung erbringt) auf seine Anrufung an, unter Anordnung der Bindung an die Schiedsklausel, so bliebe dem Kläger (bzw. der nichtleistenden Partei) die Durchsetzung seiner Ansprüche auf dem Rechtsweg überhaupt versagt, was aber niemals Sinn des Gesetzes sein könne. Eine Partei dürfe ihrer Mittellosigkeit wegen nie ihr Recht verlieren 68). Die Fassung von § 247 Abs. 2 Zürcher ZPO, wonach bei Säumnis einer Partei in der Kautionsleistung und bei Verzicht der Gegenparte auf Erbringung des Gesamtvorschlusses der Wegfall der Schiedsabrede auch angedroht ist, ohne dass die säumige Partei zufolge Mittellosigkeit nicht in der Lage gewesen sein muss zu kautionsieren, ist jedoch ohne weiteres vertretbar und logisch erklärbar. Sie entspricht der Androhung der Annahme, dass die Partei, welche den Kostenvorschuss nicht leiste, sich nicht an den Schiedsgerichtsvertrag halten wolle, woraus für die

67) Vgl. Prot. KK S. 265 Votum Messmer zu § 248 V; Prot. Ek S. 1258.

68) Vgl. ZR 48 Nr. 163 S. 321/322.

Gegenpartei als Konsequenz die Berechtigung resultiere, ebenfalls vom Schiedsgerichtsvertrag zurückzutreten und den Streit vor den ordentlichen Richter zu tragen 69). Will die Gegenpartei aber das Schiedsverfahren durchführen lassen, so steht es ihr kraft Gesetzes ja ohnehin offen, durch Ersatzleistung die Gültigkeit der Schiedsabrede und mithin die Zuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichtes beizubehalten. Diese Ueberlegungen machen abschliessend klar, dass die Auflage schiedsgerichtlicher Prozesskostenkautionen in keinem Fall und für keine der Schiedsgerichtsparteien mit einer Androhung verbunden sein darf, welche einen irgendwie gearteten Rechtsverlust für eine der Parteien oder für beide zur Folge hätte. Mithin ist eine Peremptorisierung gemäss § 129 ff. Zürcher ZPO im Schiedsgerichtsverfahren unter keinen Umständen zulässig und würde die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes darstellen, auch wenn das Schiedsgericht gestützt auf § 248 Zürcher ZPO das Verfahren selbst bestimmt hat 70). Dieses Verbot der Androhung von Rechtsverlust für den Fall der Nichtleistung einer Kaution behält seine Gültigkeit selbst dann, wenn die Schiedsgerichtsparteien in der Schiedsabrede oder in einer separaten Abmachung solchen Rechtsverlust vereinbaren sollten. Unter dem Gesichtspunkt des Verbots auf Entäusserung des Selbsterhaltungsrechtes im Sinne von Art. 27 ZGB müsste eine solche Vereinbarung als nichtig erscheinen und könnte keinerlei Wirkungen entfalten.

4. Der Umfang der Haftung schiedsgerichtlicher Prozesskostenvorschüsse und das Rückgriffsrecht aus Ersatzleistung und Subsidiärhaftung

Wie bereits verschiedentlich erwähnt 71), haften die Parteien dem Schiedsgericht für dessen Kosten solidarisch. Diese aus dem Auftrag oder dem auftragsähnlichen Verhältnis zwischen Schiedsgerichtsparteien und Schiedsrichter bzw. aus ihrem Rechtsverhältnis als nichtvertraglichem, privatrechtlichem Quasikontrakt, auf den analog das Auftragsrecht zur Anwendung

69) Vgl. ZR 27 Nr. 26 S. 50.

70) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 8 zu § 247.

71) Siehe oben 2. A); oben § 11 VI. 3. B) b).

gelangt, gewonnene Erkenntnis räumt dem Schiedsgericht die zivilrechtliche Befugnis ein, wahlweise von einer oder beiden Parteien die Bezahlung ihres Honorars und Auslagenersatzes einzufordern. Da § 247 Abs. 4 Zürcher ZPO im Gegensatz zu Art. 30 Konk. die Subsidiärhaftung der Parteien für die Kosten ausdrücklich vorsieht, könnte sich die Frage stellen, ob hier mittels prozessgesetzlicher Norm nicht zum Ausdruck gebracht wird, was kraft materiellen Rechtes ohnehin schon Geltung hätte. Die prozessgesetzliche Normierung der Subsidiärhaftung der obsiegenden Schiedsgerichtspartei für die Kosten erscheint indessen als sinnvoll. Geht man nämlich davon aus, dass der schiedsgerichtliche Spruch über die Kostenverlegung, zu welchem das Schiedsgericht mangels abweichender Abrede zuständig ist, das Verhältnis, in welchem die Schiedsgerichtsparteien für die Kosten des Schiedsgerichts haften, rechtskräftig festlegt, so wäre denkbar, dass der obsiegenden Partei gegen die Inanspruchnahme auch ihrer Kautions für den ungedeckten Teil der Prozesskosten die Möglichkeit der Anfechtung solchen Vorgehens zu Gebote stünde. Es ist daher unbestreitbar, dass die Vorschrift von § 247 Abs. 4 Zürcher ZPO im Sinne von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu begrüßen ist und einen wesentlichen Beitrag zum Schutze der Mitglieder von Schiedsgerichten in ihren Ansprüchen auf Honorar und Auslagenersatz darstellt. Diese Sicherungs- und Schutzfunktion von § 247 Abs. 4 Zürcher ZPO ist namentlich dann erforderlich, wenn man sich zur Auffassung bekennt, aus der Solidarhaft der Schiedsgerichtsparteien für die Prozesskosten und der Funktion der Prozesskostenkaution, das Schiedsgericht in seinen Ansprüchen auf Deckung dieser Prozesskosten zu sichern, habe das Schiedsgericht insgesamt nur "eine" ganze Prozesskostenkaution durch Einforderung je der Hälfte der Kautions von jeder Schiedsgerichtspartei einzuverlangen. Es mag denn auch dieses Interesse an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bei der Verfolgung des Schutzes der Schiedsrichter in ihren Ansprüchen aus dem Schiedsrichterauftrag gewesen sein, das den Regierungsrat des Kantons Zürich in seinem Brief vom 13. Juni 1968 an die Justizdirektorenkonferenz bewogen haben mag, als einen der Nachteile des damals im Ent-

wurf vorliegenden Konkordats gegenüber dem Schiedsrecht von Zürich zu rügen, dass in Art. 30 Konk. keine Subsidiärhaftung der Parteien für die Kosten vorgesehen sei 72). Auf der andern Seite ist jedoch mit Walder-Bohner darauf hinzuweisen, dass der Wortlaut des Art. 30 Konk. die Möglichkeit des Schiedsgerichts nicht ausschliesst, für den ungedeckten Teil der Prozesskosten die Kautions der obsiegenden Partei in Anspruch zu nehmen 73).

Im Betrage der Ersatzleistung ist der den Gesamtvorschuss leistenden Schiedsgerichtspartei durch sofortigen Beschluss ein Regressrecht gegen die nichtleistende Gegenpartei einzuräumen. Dieser Beschluss ist kraft § 247 Abs. 3 Zürcher ZPO einem rechtskräftigen Urteil gleichgestellt, weshalb die Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 Zürcher ZPO gegen entsprechende Beschlüsse zulässig ist. Ein gleiches Rückgriffsrecht im Sinne von § 247 Abs. 3 Zürcher ZPO ist der obsiegenden Partei einzuräumen, deren Kautions gemäss § 247 Abs. 4 Zürcher ZPO für die Kostendeckung ganz oder teilweise herangezogen wird. Auch das Rückgriffsrecht im Sinne von § 247 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 3 Zürcher ZPO ist als prozessuale Pflicht des Schiedsgerichtes der obsiegenden Partei sofort einzuräumen, und ein entsprechender Entscheid des Schiedsgerichtes entfaltet ebenfalls kraft Gesetz die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils 74). Eine zwischen den Schiedsgerichtsparteien vereinbarte abweichende Regelung der Regressfrage erscheint als durchaus möglich und bleibt der gesetzlichen Regelung vorbehalten.

72) Vgl. Prot. KK S. 271.

73) Vgl. Walder-Bohner SJZ 72, 5. Abschnitt 6.

74) Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget N 7 zu § 247; Sträuli/Hauser N 4 zu § 369 b.

Lebenslauf

Am 4. August 1943 wurde ich in Arbon geboren. Dort besuchte ich die Primarschule vom Frühjahr 1950 bis zum Frühjahr 1956. Nachdem ich in die Sekundarschule übergetreten war, verschlimmerte sich eine Augenkrankheit, die bereits ein Jahr zuvor zu einem Klinikaufenthalt geführt hatte, und führte im Herbst 1956 schliesslich zur völligen Erblindung. Nach mehrmonatigen Klinikaufenthalten trat ich im Herbst 1957 in die Blindenschule "Sonnenberg" in Fribourg ein, wo ich meine restlichen Schulpflichtjahre absolvierte. Am 14. Januar 1961 trat ich in Marburg-Lahn, Deutschland, in die Blindenstudienanstalt, "Carl-Strehl-Schule", ein Spezialgymnasium für Sehbehinderte und Blinde, ein. Nach abgelegter Reifeprüfung am 15. März 1965 erfolgte die Immatrikulation an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich im Sommersemester 1965. Das Iusstudium schloss ich im Sommersemester 1969 mit dem Erwerb des Lizentiates ab. Am 1. Februar 1972 erfolgte mein Antritt einer Arbeitsstelle am Bezirksgericht Zürich. Im Sommer und Herbst des Jahres 1974 legte ich erfolgreich die Prüfungen zum Erwerb des zürcherischen Rechtsanwaltspatentes ab. Nach Verfassung der vorliegenden Dissertation und nach Ablegung der mündlichen Ergänzungsprüfungen wurde ich am 9. Juli 1980 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

